

Öffentliches Recht

Standort: BVerfG

Problem: Wahlprüfung nach Ablauf der Legislaturperiode

BVERFG, BESCHLUSS VOM 15.01.2009
2 BvC 4/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob es über eine Wahlprüfungsbeschwerde gem. Art. 41 II GG auch noch entscheiden kann, wenn die Legislaturperiode des durch die angegriffene Wahl gebildeten Deutschen Bundestages abgelaufen ist.

A. Das BVerfG führt aus, dass es grundsätzlich nicht von Amts wegen prüfen und urteilen könne. Habe jedoch einmal jemand ein Verfahren vor dem BVerfG eingeleitet, könne das Gericht auch nach Erledigung der Sache weiter prüfen und entscheiden, wenn daran ein "öffentliches Interesse" bestehe. Das BVerfG misst dem Beschwerdeantrag also lediglich eine "Anstoßfunktion" bei. Zwar ist dies weder im GG noch im BVerfGG geregelt; das BVerfG begründet seine Ansicht jedoch ausführlich, vor allem mit der besonderen Wichtigkeit des Wahlrechts in der Demokratie und der Tatsache, dass nur das BVerfG die Kompetenz habe, eine verfassungswidrige Wahlrechtsnorm auch mit Wirkung für künftige Wahlen zu verwerfen.

Aus diesen Gründen bestehe grds. immer ein "öffentliches Interesse" an der Weiterprüfung. Allerdings nennt das Gericht auch zwei Ausnahmen: Wenn - erstens - die Wahlprüfungsbeschwerde unzulässig ist und/oder - zweitens - die aufgeworfenen Fragen vom BVerfG bereits entschieden worden sind.

B. Im konkreten Fall hatte der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde so gut wie alles gerügt, was im Wahlrecht nur irgend zu rügen ist (siehe Sachverhalt und Gründe unten - von "Klassikern" wie der 5%-Klausel und den Überhangmandaten über die sog. "Berliner Zweitstimmen"-Problematik bis hin zu Exoten wie der Altersgrenze von 18 Jahren und der Verfassungswidrigkeit des personalisierten Verhältniswahlsystems insgesamt). Das BVerfG vermied in allen Punkten eine Stellungnahme: Viele Rügen seien schon nicht ausreichend begründet und damit wegen eines Verstoßes gegen § 23 BVerfGG unzulässig. Zu den spannenden Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Überhangmandate und der "Berliner Zweitstimmen" äußert sich das Gericht auch nicht, weil es die einschlägigen Vorschriften und andere, in diese Proble-

matik mit hinein spielende Vorschriften bereits in seiner Entscheidung zum "negativen Stimmengewicht" (NVwZ 2008, 991) für verfassungswidrig erklärt habe. Das Gericht wolle erst eine Neuregelung des Gesetzgebers abwarten, eine Entscheidung zu den jetzigen, in dieser Form nicht fortbestehenden Normen habe sich erledigt.

Prüfungsrelevanz:

Das Wahlrecht genießt in Zeiten bevorstehender Bundestagswahlen naturgemäß große Aufmerksamkeit. Die Entscheidung sollte über ihren - vorwiegend prozessualen - Inhalt hinaus zum Anlass genommen werden, so examensrelevante Probleme wie die Wirksamkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel sowie der Grund- und Überhangmandate gründlich zu wiederholen. Zum "negativen Stimmengewicht" und der "Berliner Zweitstimmen"-Problematik, deren Erläuterung über den bereits in den Entscheidungsgründen enthaltenen Problemaufriss hinaus den hier zur Verfügung stehenden Platz sprengen würde, vgl. die Vertiefungshinweise.

Prozessual sei angemerkt, dass das BVerfG sich auch bei anderen Rechtsbehelfen die Freiheit herausnimmt, trotz Erledigung in der Sache zu entscheiden. So zuletzt bei der Verfassungsbeschwerde nach Wegfall der Beschwer (BVerfG, RA 2007, 3 = NJW 2007, 56). Auch ein Organstreitverfahren kann über die Legislaturperiode hinaus zulässig bleiben (BVerfG, RA 2003, 545 = NVwZ-RR 2003, 537).

Vertiefungshinweise:

Aufbereitung der Problematik "negatives Stimmengewicht": *BVerfG*, JuS 2008, 1112; *Roth*, NVwZ 2008, 1199; *Schreiber*, ZRP 2005, 252

Vertiefend zum Problem "Berliner Zweitstimmen": *König*, DÖV 2006, 417

Überblicke zu den Wahlrechtsproblemen: *Lechleitner*, Jura 2002, 606; *Meyer*, KritV 77 (1994), 312;

Zur Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze vor dem *BVerfG*: *Roth*, DVBl 1998, 214

Übungsfall Wahlrecht: *Szczekalla*, JuS 2006, 901

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wer die Wahl hat..."

Leitsatz:

Im Wahlprüfungsverfahren kann auch nach Ablauf einer Wahlperiode ein öffentliches Interesse an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsgemäßheit von Wahlrechtsnormen und die Anwendung des geltenden Wahlrechts bestehen, soweit ein möglicher Wahlfehler über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung hat.

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer erhob beim Deutschen Bundestag Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl zum 15. Deutschen Bundestag am 22. September 2002.

Zur Begründung machte er geltend, das gesamte Wahlrecht sei verfassungswidrig, weil es nicht in der Verfassung selbst normiert sei. Die in Art. 38 II Hs 1 GG geregelte Altersgrenze für das aktive Wahlrecht verletze die Wahlrechtsgrundsätze. Gleiches gelte für die Fünf-Prozent-Sperrklausel (§ 6 Abs. 6 Satz 1 BWG), die Zuteilung von Überhangmandaten (§ 6 Abs. 5 BWG), die Aufstellung „starrer“ Landeslisten (§ 27 Abs. 1 BWG) und die Verbindung von Verhältnis- und Personenwahl. Die auf der Grundlage von § 6 I 1 BWG vorgenommene Berücksichtigung der Zweitstimmen von Wählern, die in zwei Berliner Wahlkreisen mit ihrer Erststimme der jeweiligen Wahlkreiskandidatin der Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS) zu einem Mandat verholten, mit ihrer Zweitstimme jedoch für eine andere Landesliste gestimmt haben (sogenannte Berliner Zweitstimmen), verstoße gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Darüber hinaus sei es im Vorfeld der Wahlen zum 15. Deutschen Bundestag durch ein Täuschungsverhalten von Regierungsmitgliedern zu erheblichen Einflussnahmen auf die Wähler gekommen. Die Bundesregierung habe ferner durch Veröffentlichungen vor der Wahl ihre Pflicht zur Wahrung parteipolitischer Neutralität verletzt. Auch der Einfluss auf die Willensbildung der Wähler durch Meinungsumfragen unmittelbar vor der Wahl sei verfassungswidrig. Zudem sei die aufgrund einer Verletzung von Rechenschaftspflichten unzulässige Finanzierung von Wahlwerbung durch die Freie Demokratische Partei (FDP) für den Wahlausgang maßgeblich gewesen. Schließlich stelle eine rechtswidrige Datennutzung seitens der Christlich Demokratischen Union (CDU) für Wahlkampfzwecke einen Wahlfehler dar.

Der Deutsche Bundestag wies den Wahleinspruch in seiner 72. Sitzung vom 6. November 2003 als offensichtlich unbegründet zurück. Gegen diesen Beschluss richtet sich die am 5. Januar 2004 erhobene Beschwerde. Am 21. Juli 2005 hat der Bundespräsident den 15. Deutschen Bundestag auf Vorschlag des Bundeskanzlers gemäß Art. 68 GG aufgelöst (BGBl I S. 2169). Am 18. September 2005 hat die Wahl zum 16. Deut-

schen Bundestag stattgefunden und der 16. Deutsche Bundestag hat sich konstituiert. Der Beschwerdeführer verfolgt seine Beschwerde weiter.

Aus den Gründen:

[7] Die Wahlprüfungsbeschwerde hat sich erledigt.

[8] Das Wahlprüfungsverfahren soll die gesetzmäßige Zusammensetzung des Deutschen Bundestages gewährleisten (vgl. BVerfGE 1, 430 [433]; 103, 111 [134]; stRspr). Da der 15. Deutsche Bundestag aufgelöst worden ist und sich ein neuer Bundestag konstituiert hat, kann eine Entscheidung über die Wahlprüfungsbeschwerde keine Auswirkungen mehr auf die ordnungsgemäße Zusammensetzung des 15. Deutschen Bundestages haben. Die Wahlprüfungsbeschwerde ist insoweit gegenstandslos geworden (vgl. BVerfGE 22, 277 [280 f.]; 34, 201 [203]).

A. Voraussetzungen für die Statthaftigkeit der Wahlprüfungsbeschwerde nach Ablauf der Legislaturperiode

[9] Das Bundesverfassungsgericht bleibt grundsätzlich auch nach der Auflösung eines Bundestages oder dem regulären Ablauf einer Wahlperiode befugt, die im Rahmen einer zulässigen Wahlprüfungsbeschwerde erhobenen Rügen der Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsnormen und wichtige wahlrechtliche Zweifelsfragen zu prüfen.

I. Grundsatz: Dispositionsmaxime

[10] Ob eine Wahlprüfungsbeschwerde eingelegt wird, obliegt der freien Entscheidung jedes Beschwerdeberechtigten. Das Bundesverfassungsgericht kann nicht von Amts wegen tätig werden. Die Wahlprüfungsbeschwerde hat demgemäß eine Anstoßfunktion.

II. Jedoch Officialmaxime bei öffentlichem Interesse

Über den weiteren Verlauf des überwiegend objektiven Verfahrens (vgl. BVerfGE 34, 81 [97]) entscheidet jedoch das Bundesverfassungsgericht. Insoweit kommt es auf das öffentliche Interesse an (vgl. BVerfGE 89, 291 [299]).

1. Grundsatz: Öffentliches Interesse besteht über die Legislaturperiode hinaus

[11] Nach Ablauf einer Wahlperiode kann ein öffentliches Interesse an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsgemäßheit von Wahlrechtsnormen und die Anwendung des geltenden Wahlrechts bestehen, soweit ein möglicher Wahlfehler über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung hat.

a. Besondere Bedeutung des Wahlrechts

[12] Die strikte rechtliche Regelung der Vorbereitung

und Durchführung der Wahl und eine Kontrolle der Anwendung dieser Vorschriften entsprechen der Bedeutung der Wahl zum Deutschen Bundestag als Ausgangspunkt aller demokratischen Legitimation wie auch der Gewährleistung des aktiven und passiven Wahlrechts durch Art. 38 GG (vgl. BVerfGE 89, 243 [250 f.]). In der durch das Grundgesetz verfassten freiheitlichen Demokratie der Bundesrepublik Deutschland geht alle Staatsgewalt vom Volke aus (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG). Das Volk übt sie in Wahlen und Abstimmungen aus (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Im demokratisch verfassten Staat des Grundgesetzes können die Abgeordneten ihre Legitimation zur Repräsentation nur aus der Wahl durch das Volk beziehen (vgl. BVerfGE 97, 317 [323]); die Wahlen zur Volksvertretung sind der Grundakt demokratischer Legitimation (vgl. BVerfGE 44, 125 [142]). Die Ausübung des Wahlrechts stellt sich essentiell als Teilhabe an der Staatsgewalt, als ein Stück Ausübung von Staatsgewalt im status activus dar (vgl. BVerfGE 8, 104 [115]; 83, 60 [71]).

b. Verwerfungskompetenz allein beim BVerfG

[13] Das Bundesverfassungsgericht prüft im Wahlprüfungsverfahren nicht nur den angegriffenen Beschluss des Deutschen Bundestages in formeller Hinsicht und darauf, ob Vorschriften des materiellen Rechts zutreffend angewandt worden sind (vgl. BVerfGE 97, 317 [322]), sondern darüber hinaus, ob das angewandte Wahlgesetz mit der Verfassung in Einklang steht (vgl. BVerfGE 16, 130 [136]; 21, 200 [204]; 34, 81 [95]). Als letzte und in der Regel einzige Instanz hat das Bundesverfassungsgericht im Wahlprüfungsverfahren eine mittelbare Normenkontrolle angewandter Wahlrechtsnormen durchzuführen. Der Deutsche Bundestag prüft in ständiger Übung im Einspruchsverfahren nicht abschließend die Verfassungsmäßigkeit der angewandten Wahlrechtsnormen (vgl. nur BTDrucks 15/1150, S. 1; 16/1800, S. 229). Ihm fehlt insoweit die Verwerfungskompetenz. Eine Pflicht des Deutschen Bundestages zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen im Wahlverfahren besteht dementsprechend nicht (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008 - 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 [992]).

[14] Wahlrechtsvorschriften entfalten über die jeweilige Wahlperiode hinaus solange Wirkung, bis sie vom Gesetzgeber geändert oder vom Bundesverfassungsgericht für nichtig oder für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt werden. Die Fortsetzung einer durch die Wahlprüfungsbeschwerde veranlassten mittelbaren verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle liegt daher grundsätzlich auch nach Ablauf der Wahlperiode im öffentlichen Interesse. Gleiches gilt für sonstige wahlrechtliche Zweifelsfragen, die über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung haben.

2. Ausnahmen: Kein öffentliches Interesse

a. Ursprüngliche Unzulässigkeit

[15] Ein öffentliches Interesse an einer Sachentscheidung nach Ablauf der Wahlperiode besteht nicht, soweit eine Wahlprüfungsbeschwerde von Anfang an unzulässig ist. Insoweit wäre auch vor Ablauf der Wahlperiode keine Sachentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangen.

b. Streitfragen vom BVerfG bereits entschieden

[16] Das öffentliche Interesse an einer Sachentscheidung kann ferner insbesondere dann entfallen, wenn das Bundesverfassungsgericht bereits in anderem Zusammenhang die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschrift oder vom Beschwerdeführer aufgeworfene wahlrechtliche Zweifelsfragen geklärt und der Beschwerdeführer keine Gesichtspunkte vorgetragen hat, die Anlass zu einer abweichenden Beurteilung geben könnten. Gleiches gilt, wenn der gerügte Mangel durch Änderung der Vorschrift zwischenzeitlich behoben wurde oder die Vorschrift in einem engen sachlichen Zusammenhang mit Normen steht, deren Verfassungswidrigkeit das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt hat. Ein öffentliches Sachentscheidungsinteresse kann auch entfallen, wenn der Deutsche Bundestag einen vom Beschwerdeführer gerügten Verstoß gegen eine Wahlrechtsnorm bereits im Einspruchsverfahren festgestellt hat.

B. Subsumtion

[17] Danach hat sich die Wahlprüfungsbeschwerde des Beschwerdeführers erledigt. Das öffentliche Interesse steht einer Beendigung des Verfahrens ohne Entscheidung zur Sache nicht entgegen.

I. Ursprüngliche Unzulässigkeit

[18] Zum Teil sind die vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen unzulässig, weil sie den Begründungsanforderungen [des § 23 BVerfGG] nicht genügen. [...]

1. Altersgrenze

[20] Soweit der Beschwerdeführer die Altersgrenze für das aktive Wahlrecht als verfassungswidrig rügt, genügt sein pauschales Vorbringen den genannten Mindestanforderungen nicht. Diese Altersgrenze ist an den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 GG nicht zu messen, weil sie in Art. 38 Abs. 2 Halbsatz 1 GG auf gleicher Rangebene wie diese geregelt ist (vgl. BVerfGE 3, 225 [231 f.]).

2. Wahlwerbung und Meinungsforschung

[21] Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers ergibt sich auch nicht die Möglichkeit eines Wahlfehlers aufgrund von Zeitungs- und Magazinbeilagen, die von

der Bundesregierung vor der Wahl veranlasst worden waren. Der Beschwerdeführer hat die betreffenden Veröffentlichungen weder vorgelegt noch ihrem wesentlichen Inhalt nach wiedergegeben. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, Handlungen im Umfeld von Wahlen umfassend aufzuklären und auf einen möglichen Verstoß gegen wahlrechtliche Vorschriften zu prüfen. Der Vortrag des Beschwerdeführers allein lässt nicht auf eine Überschreitung der Grenze zur unzulässigen Wahlwerbung (vgl. dazu BVerfGE 44, 125 [138 ff., 154]) schließen.

[22] Soweit der Beschwerdeführer Meinungsumfragen vor der Wahl als verfassungswidrig beanstandet, genügt sein Vorbringen ebenfalls nicht den Begründungsanforderungen. Es erschöpft sich in der Vermutung, dass viele Bürger ihr Wahlverhalten nach den Darstellungen in den Medien ausrichteten und viele Meinungsforschungsinstitute mit Parteien verwohen seien und daher Umfrageergebnisse fälschten. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Wahlfehlers lässt sich dieser nicht weiter belegten Vermutung nicht entnehmen. [...]

II. Streitfragen vom BVerfG bereits entschieden

1. Überhangmandate

[24] Soweit der Beschwerdeführer rügt, dass die Entstehung von Überhangmandaten und die Berücksichtigung der Zweitstimmen von Wählern, die in zwei Berliner Wahlkreisen mit ihrer Erststimme der jeweiligen Wahlkreiskandidatin der PDS zu einem Mandat verholpen haben, mit ihrer Zweitstimme jedoch für eine andere Landesliste gestimmt haben (sogenannte Berliner Zweitstimmen), die Gleichheit der Wahl verletzen, besteht aufgrund der Entscheidung des Senats vom 3. Juli 2008 - 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07 - (NVwZ 2008, S. 991 ff.) kein öffentliches Interesse an der Weiterführung des Wahlprüfungsverfahrens.

[25] Es muss nicht entschieden werden, ob § 6 Abs. 5 Satz 2 und § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 5 Satz 2 BWG insoweit gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen, als sie die Zuteilung von Überhangmandaten ohne Verrechnung oder Ausgleich zulassen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat die vom Beschwerdeführer beanstandeten Regelungen aus einem anderen Grund für verfassungswidrig erklärt. In seinem Urteil zum sogenannten negativen Stimmgewicht (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O.) hat es festgestellt, dass § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG in der Fassung des Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 11. März 2005 (BGBl I S. 674) den Grundsatz der Gleichheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzen, soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Ver-

lust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O., S. 997 f.). Zugleich hat es einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlich verbürgte Unmittelbarkeit der Wahl festgestellt, weil der Wähler unter Geltung dieser Vorschriften nicht erkennen kann, ob sich seine Stimme stets für die zu wählende Partei und deren Wahlbewerber positiv auswirkt oder ob er durch seine Stimme den Misserfolg eines Kandidaten seiner eigenen Partei verursacht (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O., S. 996).

[26] Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, den Regelungskomplex, der zum Auftreten des sogenannten negativen Stimmgewichts führen kann, bis spätestens zum 30. Juni 2011 zu ändern, damit der Deutsche Bundestag in Zukunft aufgrund eines in Einklang mit der Verfassung stehenden Gesetzes gewählt werden kann. Im Hinblick darauf, dass der genannte Effekt untrennbar mit den Überhangmandaten und der Möglichkeit von Listenverbindungen zusammenhängt, kann eine Neuregelung beim Entstehen der Überhangmandate oder bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten oder auch bei der Möglichkeit von Listenverbindungen ansetzen (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O., S. 998). Der Gesetzgeber ist aufgerufen, das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O.).

[27] Die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage der Verfassungswidrigkeit von Überhangmandaten wird sich nach einer Neuregelung nicht mehr in der gleichen Weise stellen. Ob und inwieweit die Mandatsverteilung im Deutschen Bundestag mit der Verfassung vereinbar ist, lässt sich nur unter Würdigung des Zusammenspiels der verschiedenen Wahlrechtsnormen und mit Blick auf das vom Gesetzgeber gewählte Wahlsystem beurteilen. Im Rahmen des dem Gesetzgeber nach Art. 38 III GG zustehenden Gestaltungsspielraums wäre bei einer Neuregelung zum Beispiel eine Berücksichtigung von Überhangmandaten bei der Oberverteilung, der Verzicht auf Listenverbindungen nach § 7 BWG oder eine Wahl des Deutschen Bundestages hälftig nach dem Mehrheits- und hälftig nach dem Verhältniswahlprinzip (Grabensystem) denkbar (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O., S. 996). Je nachdem für welche Lösung sich der Gesetzgeber entscheidet, ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Mandatsverteilung dann auf der Grundlage des neuen Regelungskomplexes zu beurteilen.

2. "Berliner Zweitstimmen"

[28] Die Rüge, die gemäß § 6 I 1 BWG erfolgte Berücksichtigung der Zweitstimmen von Wählern, die in

zwei Berliner Wahlkreisen mit ihrer Erststimme der jeweiligen Wahlkreiskandidatin der PDS zu einem Mandat verholten haben, mit ihrer Zweitstimme jedoch für eine andere Landesliste gestimmt haben (sogenannte Berliner Zweitstimmen), verstoße gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, steht in einem sachlichen Zusammenhang mit den vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zum sogenannten negativen Stimmgewicht für verfassungswidrig erachteten Vorschriften. Die Frage, ob durch das „Splitten“ von Erst- und Zweitstimme ein doppelter Stimmerfolg erzielt werden kann, wenn die für politische Parteien abgegebenen Zweitstimmen diesen zu Listenplätzen verhelfen, obwohl die Erststimmen der Wähler schon zur Zuteilung eines Bundestagssitzes geführt haben, der nicht im Wege des Verhältnisausgleichs verrechnet werden kann, hängt ebenfalls von der künftigen Ausgestaltung der Wahlrechtsbestimmungen ab, die der Gesetzgeber im Hinblick auf das Urteil des Senats zum sogenannten negativen Stimmgewicht zu überprüfen hat. In Anbetracht der angeordneten Neuregelung des Vorschriftenkomplexes, der auch zum Phänomen der „Berliner Zweitstimmen“ geführt hat, bedarf es hierzu keiner Sachentscheidung mehr.

[29] Das Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen bereits darauf hingewiesen, dass das Bundeswahlgesetz in seiner jetzigen Form keine ausdrückliche Regelung für den Fall enthält, dass Kandidaten einer Partei, die gemäß § 6 Abs. 6 BWG bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten nicht zu berücksichtigen sind, ein oder zwei Wahlkreismandate erhalten haben, und der Gesetzgeber mit Blick auf die im Wahlrecht in besonderem Maße gebotene Rechtsklarheit eine entsprechende Ergänzung von § 6 I 1 BWG zu erwägen haben wird (vgl. BVerfGE 79, 161 [168]). [...]

3. Wahlsystem

[33] Die vom Beschwerdeführer beanstandete Verbin-

dung von Verhältnis- und Personenwahl hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich gebilligt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung im Urteil vom 3. Juli 2008 (a.a.O., S. 996) nochmals bekräftigt. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch nicht, soweit die Verhältniswahl nach „starren“ Listen erfolgt (vgl. BVerfGE 3, 45 [50 f.]; 7, 63 [67 ff.]; 21, 355 [355 f.]; 47, 253 [283]).

4. Mangelnde verfassungsrechtliche Verankerung des Wahlrechts

[34] Der Einwand des Beschwerdeführers, das gesamte Wahlrecht sei verfassungswidrig, weil es nicht in der Verfassung selbst geregelt sei, greift nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls nicht durch. Das Grundgesetz schreibt kein bestimmtes Wahlrecht vor (vgl. BVerfGE 6, 104 [111]). Der Verfassungsgeber hat bewusst darauf verzichtet, ein Wahlsystem und dessen Durchführung verfassungsrechtlich vorzuschreiben. Er hat damit ein Stück materiellen Verfassungsrechts offen gelassen, das vom Wahlgesetzgeber auszufüllen ist (vgl. BVerfGE 95, 335 [349]; BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2008, a.a.O., S. 993).

5. Fünf-Prozent-Hürde

[35] Das Bundesverfassungsgericht hat auch das als verfassungswidrig gerügte, in § 6 VI 1 Alt. 1 BWG vorgesehene Quorum von 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen, das eine Partei erreichen muss, um bei der Verteilung der Bundestagsitze auf die Landeslisten berücksichtigt zu werden, wiederholt als verfassungskonform beurteilt (vgl. BVerfGE 1, 208 [247 ff.]; 4, 31 [39 ff.]; 6, 84 [92 ff.]; 51, 222 [235 ff.]; 82, 322 [337 ff.]; 95, 335 [366]; 95, 408 [417 ff.]; BVerfG, NVwZ 2008, S. 407 [410 f.]). [...]

Standort: VwVfG; VwGO

Problem: Keine Erledigung durch Vollzug

BVERWG, URTEIL VOM 25.09.2008
7 C 5/08 (NVwZ 2009, 122)

Problemdarstellung:

A. Ein Verwaltungsakt wird nach § 43 II VwVfG mit Erledigung unwirksam. Die Norm nennt selbst einige Erledigungsformen (Widerruf, Rücknahme, anderweitige Aufhebung, Zeitablauf), enthält mit der Formulierung „oder auf andere Weise“ aber auch eine Öffnungsklausel. Unter diese wiederum fallen so unproblematische Fälle wie der Wegfall des Regelungsobjekts oder der Tod des Adressaten bei höchstpersönlichen Verwaltungsakten. Problematisch ist hingegen, ob und wann der Vollzug (seitens des Adressaten

selbst oder durch die Behörde, etwa im Wege der Ersatzvornahme) einen Verwaltungsakt erledigt. Hierzu gilt:

I. Keinesfalls kommt Erledigung durch Vollzug in Betracht, wenn die Vollzugsfolgen noch umkehrbar sind. Denn dann bleibt der Verwaltungsakt als Rechtsgrund wirksam. Wird also bspw. Geld gezahlt, sperrt er als Rechtsgrund für die Zahlung einen möglichen Erstattungsanspruch.

II. Sind die Vollzugsfolgen hingegen unumkehrbar, ist wie folgt zu differenzieren:

1. Vollzieht die Behörde (Beispiel: Ein Haus wird im Wege der Ersatzvornahme abgerissen), kann dies Kosten nach sich ziehen. Kosten können aber nur bean-

spricht werden, wenn die kostenauslösende Maßnahme rechtmäßig war. Dies setzt wiederum - jedenfalls im sog. "gestreckten Verfahren", welches zugleich die Regel darstellt - einen wirksamen Grundverwaltungsakt voraus (vgl. nur § 6 I VwVG des Bundes; gleichlautende Vorschriften existieren in allen Ländern). Hätte sich nun durch den Vollzug mittels Ersatzvornahme der Grundverwaltungsakt erledigt, würde er gem. § 43 II VwVfG unwirksam mit der Folge, dass durch die Vollstreckung selbst eine ihrer Voraussetzungen entfiel. Es entspricht daher st.Rspr. des BVerwG, dass ein Verwaltungsakt sich selbst bei Unumkehrbarkeit der Folgen nicht durch Vollzug erledigt, wenn anschließend Kosten erhoben werden können. Die Ersatzvornahme, welche auch im vorliegenden Fall gegeben war, ist hierfür das Paradebeispiel.

2. Vollzieht der Bürger den Verwaltungsakt hingegen selbst unumkehrbar (Beispiel: Er lässt seinen bissigen Kampfhund selbst einschläfern), ist ein Kostenbescheid nicht zu befürchten. Ferner wird der Verwaltungsakt auch nicht als Rechtsgrund benötigt, weil die Vollzugsfolgen ohnehin nicht rückabgewickelt werden können. In diesem Fall kann von einer Erledigung durch Vollzug ausgegangen werden.

B. Zur Kenntnis genommen werden sollte ferner, dass das BVerwG noch einmal bekräftigt, dass ein wirksamer Verwaltungsakt für seine Vollstreckung (und die anschließende Kostenerhebung) zwar erforderlich, aber auch ausreichend ist, es dafür m.a.W. auf seine Rechtmäßigkeit nicht ankommt. Damit tritt die Rspr. einer m.M. entgegen, welche die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts jedenfalls dann als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (vgl. wiederum § 6 VwVG des Bundes, der nichts von "Rechtmäßigkeit" des Verwaltungsakts sagt, und die entsprechenden Gesetze der Länder) der Vollstreckungsnormen ansieht, wenn noch keine Bestandskraft eingetreten ist.

Die Auffassung der Rspr. überzeugt, denn auch an anderer Stelle erlaubt das Rechtsstaatsprinzip durchaus die Aufrechterhaltung rechtswidriger Zustände, z.B. aus Gründen der Rechtssicherheit oder der Effektivität des Verwaltungshandelns (vgl. etwa § 48 I VwVfG, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt aufgehoben werden *kann*, aber nicht muss; welchen Sinn würde es ergeben, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt in der Welt zu lassen, wenn man ihn anschließend nicht vollstrecken könnte?).

Prüfungsrelevanz:

Sowohl die Ausführungen zur (nicht eintretenden) Erledigung durch Vollzug mittels Ersatzvornahme als auch die Erkenntnis, dass die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts für seine Vollstreckung und die anschließende Kostenerhebung keine Rolle spielt, sind für alle vollstreckungsrechtlichen Prüfungsaufgaben

elementar.

Im sog. "gekürzten Verfahren" (z.T. auch "Sofortvollzug" genannt) ist es i.Ü. anders: Wird ohne vorausgehenden Verwaltungsakt vollstreckt, muss die Behörde dabei stets "innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse" gehandelt haben (vgl. wiederum § 6 II VwVG Bund und die entsprechenden Landesgesetze), was die Rechtmäßigkeit eines (fiktiven) Grundverwaltungsakts voraussetzt.

Vertiefungshinweise:

Entscheidung der Vorinstanz: *VGH Mannheim*, VBIBW 2008, 305

Keine Erledigung durch Ersatzvornahme: *OVG Münster*, RA 2003, 714 = NWVB1 2003, 386

Klageänderung bei erledigtem VA: *BVerwG*, RA 2007, 506 = NJW 2007, 2790)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Le coq est mort"

Examenskurs: "Das mobile Halteverbot"

Leitsatz:

Die Vollstreckung eines Verwaltungsaktes durch Ersatzvornahme führt nicht zu dessen Erledigung, weil von dem Grundverwaltungsakt weiterhin Rechtswirkungen für das Vollstreckungsverfahren ausgehen. Auch die irreversible Vollstreckung steht deshalb dem Eintritt der Bestandskraft des Grundverwaltungsakts nicht entgegen; Einwendungen gegen dessen Rechtmäßigkeit sind dann im Anfechtungsverfahren gegen den Kostenerstattungsbescheid unbeachtlich.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrte die Aufhebung eines Kostenerstattungsbescheids, mit dem er zu den Kosten für die Durchführung einer Ersatzvornahme herangezogen worden ist. Er ist Eigentümer eines in St. gelegenen, bebauten Grundstücks, auf dem von drei verschiedenen Pächtern im Zeitraum von 1972 bis 1981 eine chemische Reinigung betrieben worden ist. Der erste Pächter wurde nach 1972 vom Landratsamt B. (Landratsamt) wiederholt aufgefordert, wegen der geänderten Nutzung Planunterlagen zur Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens vorzulegen. Erst im Dezember 1977 wurde diesem Pächter - nach zwischenzeitlicher Festsetzung von Zwangsgeldern - die bauaufsichtliche Genehmigung für die Nutzungsänderung im Erdgeschoss des Anwesens erteilt.

Im Zuge der Erhebung altlastenverdächtiger Flächen wurde das Grundstück des Kl. als potenzielle Verdachtsfläche eingestuft. Die im Sommer 2002 vorgenommenen Untersuchungen bestätigten erhöhte

Schadstoffkonzentrationen in der Bodenluft.

Mit für sofort vollziehbar erklärtem Bescheid vom 14. 3. 2003 gab das Landratsamt dem Kl. unter gleichzeitiger Androhung der Ersatzvornahme die Durchführung verschiedener Erkundungsmaßnahmen auf. Gegen diesen Bescheid ließ der Kl. Widerspruch erheben. In der Folgezeit kam er der Ordnungsverfügung im Wesentlichen nach; lediglich die Niederbringung einer Grundwassermessstelle verweigerte er. Das Landratsamt richtete die Grundwassermessstelle so dann im März 2004 im Wege der Ersatzvornahme mit einem Kostenaufwand von 7.722,53 Euro ein.

Der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums S. vom 14.5.2004 stellte die Erledigung des Widerspruchs fest, soweit die geforderten Erkundungsmaßnahmen vom Kl. durchgeführt worden sind. Der Kl. nahm daraufhin den Widerspruch auch im Übrigen zurück, weil sich durch die Niederbringung der Grundwassermessstelle und die Durchführung diesbezüglicher Maßnahmen der Widerspruch auch insoweit erledigt habe. Gegen die Übernahme der Kosten der Ersatzvornahme verwahrte sich der Kl.

Das Landratsamt forderte vom Kl. mit Bescheid vom 22.9.2004 die Kosten der Ersatzvornahme. Die nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhobene Klage hat das VG abgewiesen. Der VGH (BeckRS 2008, 33465) hat die Berufung hiergegen zurückgewiesen. Die vom VGH zugelassene Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

[10] Die Revision ist unbegründet. Das Urteil des VGH beruht auf keiner Verletzung der mit § 43 II VwVfG übereinstimmenden und damit revisiblen (§ 137 I Nr. 2 VwGO) Regelung des § 43 II Bad-WürttVwVfG über die Erledigung eines Verwaltungsaktes.

[11] Der VGH ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Rechtmäßigkeit der ordnungsbehördlichen Grundverfügung nicht Gegenstand des Anfechtungsverfahrens gegen den Kostenerstattungsbescheid ist. Zutreffend ist auch die Auffassung des VGH, dass dies für den Pflichtigen nicht zu prozessualen Unzuträglichkeiten führt.

A. Wirksamer - nicht notwendigerweise rechtmäßiger - Grundverwaltungsakt erforderlich

[12] Nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes (§ 6 I VwVG), und der Länder (vgl. hier §§ 2, 18 BadWürttVwVG) kann ein Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar geworden ist oder sein sofortiger Vollzug angeordnet bzw. dem Rechtsmittel keine aufschieben-

de Wirkung beigelegt ist. Dem entspricht, dass unabdingbare Grundlage einer rechtmäßigen Verwaltungsvollstreckung allein die Wirksamkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung ist (st. Rspr., BVerfG, NVwZ 1999, 290 = NJW 1999, 1325 L; BVerfGE 98, 134 = NJW 1999, 413; BVerwG, Buchholz 345 § 10 VwVG Nr. 4 = NJW 1984, 2591 = NVwZ 1984, 793 L).

B. Keine Unwirksamkeit infolge Erledigung

[13] Ein Verwaltungsakt bleibt gem. § 43 II Bad-WürttVwVfG wirksam, solange er nicht erledigt ist. Allein der Vollzug eines Handlungspflichten auferlegenden Verwaltungsaktes muss nicht bereits zu dessen Erledigung führen und zwar auch dann nicht, wenn hiermit irreversible Tatsachen geschaffen werden. Die Erledigung eines Verwaltungsaktes tritt vielmehr erst ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfallen ist (BVerwG, Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11; BVerwG, NVwZ 1998, 729). Daran gemessen hatte sich die Ordnungsverfügung vom 14. 3. 2003 bei Rücknahme des Widerspruchs noch nicht erledigt. Vielmehr gehen von einem Verwaltungsakt, mit dem Handlungspflichten auferlegt werden, die im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt wurden, auch weiterhin rechtliche Wirkungen für das Vollstreckungsverfahren aus. Denn der Grundverwaltungsakt bildet zugleich die Grundlage für den Kostenbescheid. Diese Titelfunktion des Grundverwaltungsaktes dauert an.

C. Keine Verkürzung effektiven Rechtsschutzes

[14] 2. Dass die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung im Anfechtungsverfahren gegen den Kostenbescheid regelmäßig nicht geprüft wird, ist auch in Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes unbedenklich. Der Kl. hat sich die Klärung seiner Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung durch die Rücknahme seines Widerspruchs abgeschnitten.

[15] Zudem steht ihm ein vor den Zivilgerichten zu verfolgender Ausgleichsanspruch nach § 24 II 1 BBodSchG zur Seite. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass die Anforderungen an das ordnungsbehördliche Auswahlermessen nicht überspannt werden dürfen. Umfangreiche und im Ergebnis oft unzulängliche behördliche Ermittlungen zur Person des Schadensverursachers und zu dessen (anteiligen) Schadensbeitrag sind vielfach untunlich, weil zeitnah eingeschritten werden muss.

Standort: BGB**Problem: Richtigstellungsanspruch einer Behörde**

BGH, URTEIL VOM 22.04.2008
VI ZR 83/07 (NJW 2008, 2262)

Problemdarstellung:

In öffentlich-rechtlichen Prüfungsaufgaben verlangen nicht selten Zivilrechtssubjekte vom Staat den Widerruf oder das Unterlassen einer schädigenden Äußerung. Beispiele aus der Praxis sind die Warnungen vor Jugendsekten, Auslandsreisen in unsichere Gebiete, Glykolwein oder "Gammelfleisch". Im vorliegenden Fall nun drehte der Staat den Spieß um: Das Bundeskriminalamt (BKA) - genauer gesagt: die Bundesrepublik Deutschland als dessen Rechtsträger - verlangte von der FOCUS Magazin Verlag GmbH die Richtigstellung unwahrer Tatsachenbehauptungen, die im Rahmen eines Artikels über die Terrorismusbekämpfung aufgestellt worden waren.

Der BGH bejaht in st.Rspr. aus §§ 1004 i.V.m. 823 I, II BGB einen Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bei ehrverletzenden Äußerungen unter folgenden Voraussetzungen:

A. Es muss sich um *Tatsachenbehauptungen* handeln. Im vorliegenden Urteil grenzt der BGH diese sehr ausführlich und lehrreich von Werturteilen ab. Letztere zu widerrufen könne niemand verpflichtet werden, meint das Gericht.

B. Die Tatsachenbehauptung muss *unwahr* sein. Der volle Beweis hierüber obliegt dem Kläger als Anspruchsteller. Allerdings gilt die Unwahrheit als zugestanden gem. § 138 III ZPO, wenn die Beklagtenseite den entsprechenden Vortrag der Klägers nicht qualifiziert bestreitet. Auch hierzu enthält das Urteil sehr interessante Ausführungen.

C. Die ehrverletzende Wirkung der Behauptung muss *eingetreten sein und fortdauern*.

Der BGH meint, auch eine Behörde (BKA) könne man in ihrer Ehre verletzen. Dafür spreche entscheidend § 194 III StGB, wonach sich ein Beleidigungsdelikt auch "gegen eine Behörde" richten könne. Eine Ehrverletzung derselben liege jedenfalls dann vor, wenn die konkrete Äußerung geeignet sei, die Behörde schwerwiegend in ihrer Funktion zu beeinträchtigen.

D. Durch Bejahung eines Unterlassungs- und Widerrufsanspruchs in diesen Fällen werde auch nicht unverhältnismäßig in die *Grundrechte der Betroffenen* (vor allem in die Meinungs- und Pressefreiheit des Verlages) eingegriffen. Vielmehr ergebe eine Abwägung im Wege der "praktischen Konkordanz", dass ein Unterlassungs- und Widerrufsanspruch angesichts des Gewichts der Funktionsbeeinträchtigung auf Seiten der Behörde verhältnismäßig, d.h. durch die Schranken der Pressefreiheit (Art. 5 II GG, konkre-

tiert durch §§ 1004, 823 BGB i.V.m. 185 ff. StGB als "allgemeine Gesetze") gerechtfertigt und somit hinzunehmen sei.

E. *Aktivlegitimiert* sei in diesen Fällen der jeweilige Rechtsträger der Behörde, für das BKA also die Bundesrepublik Deutschland (nicht etwa die Behörde selbst - diese ist als solche gar nicht rechtsfähig).

Prüfungsrelevanz:

Dieser Stoff eignet sich hervorragend für eine (zivilrechtliche) Examensklausur, noch besser jedoch für mündliche Prüfungen, da neben dem Zivilrecht (§§ 1004, 823 BGB) auch das Strafrecht (§§ 185 ff. StGB) und das öffentliche Recht (Grundrechtseingriffe) betroffen sind.

In einer öffentlich-rechtlichen Prüfungsaufgabe könnte z.B. der zum Widerruf verurteilte Verlag eine Verfassungsbeschwerde, gestützt auf Art. 5 I GG, erheben. Die o.g. Anspruchsvoraussetzungen wären dann im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs zu prüfen.

Vertiefungshinweise:

- Entscheidung der Vorinstanz in dieser Sache: *OLG Hamburg*, OLG-Report 2007, 448
- Urteil zur Rechtswidrigkeit der Durchsuchung von Redaktion und Privaträumen des Journalisten in dieser Sache: *BVerfGE* 117, 224
- Widerrufsanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts: BGH, NJW 1982, 2246
- Unterlassungs- und Richtigstellungsanspruch im Zivilrecht: *BGHZ* 128, 1 [6]; 34, 99 [102]; *BGH*, NJW-RR 1987, 754
- Widerruf als geeignete Form der Berichtigung: *BVerfGE* 99, 185 [199]; *BGH*, NJW 1998, 1223
- Zur Entwicklung des Presserechts: *Soehring/Seelmann-Eggebert*, NJW 2005, 571

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Alcopops"

Leitsatz:

Einer Behörde kann ein Anspruch auf Richtigstellung zustehen, wenn die konkrete Äußerung geeignet ist, die Behörde schwerwiegend in ihrer Funktion zu beeinträchtigen.

Sachverhalt:

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Bkl. wegen der Veröffentlichung eines Presseartikels, der das Ansehen des Bundeskriminalamts (BKA) herabwürdigte,

auf Unterlassung und Richtigstellung in Anspruch genommen. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur noch die Verpflichtung der Bekl. zur Veröffentlichung einer Richtigstellung. Das Politmagazin CICERO veröffentlichte im April 2005 einen Artikel des Journalisten S über den Terroristen Abu Mussab al-Sarkawi, durch den Detailinformationen aus einem geheimen Bericht des BKA vom 6. 9. 2004 bekannt wurden. Nachdem das BKA deshalb im Juni 2005 Strafanzeige erstattet hatte und es zu Durchsuchungen der Redaktion und des Privathauses des Journalisten gekommen war, erschien am 17.9.2005 in dem von der Bekl. verlegten Nachrichtenmagazin FOCUS ein Artikel, in dem es unter anderem heißt:

„Leck verzweifelt gesucht

Bei der Fahndung nach einem Verräter in den eigenen Reihen lancierte das Bundeskriminalamt manipulierte Terrorismus-Akten. ... Auf der verzweifelten Suche nach einer undichten Stelle im BKA manipulierte die Sicherheitsbehörde offenbar streng geheime Dossiers, um anschließend den Abfluss brisanter Informationen an bestimmte Journalisten nachvollziehen zu können. Auf mehrere in- und ausländische Partner wie Bundesnachrichtendienst, FBI, CIA oder Mossad, die alleamt die BKA-Akte bestückt hatten, nahmen Schily's Sonderermittler keine Rücksicht. Sie sahen sich letztlich bestätigt: Zielperson S tappte offenbar in eine raffiniert ausgelegte Falle.

April 2005. Der freiberufliche Nahost-Spezialist (S) ... veröffentlicht im Monatsmagazin „Cicero“ eine fünfseitige Story über den jordanischen Terroristenführer ... Sarkawi. In seinem Portrait mit der Überschrift „Der gefährlichste Mann der Welt“ bezieht sich S unter anderem auf einen - wie er selbst freimütig im Text offenbart - 125-seitigen geheimen „Auswertungsbericht des BKA vom 6. 9. 2004“. ... Zur Ausschmückung seines Artikels hatte der arglose „Cicero“-Autor ... mehrere Nummern von Satellitentelefonen genannt, die Sarkawi ... genutzt haben soll.

Genau das war der versteckte Köder. Vor der Verteilung des Sarkawi-Dossiers an verschiedene Staatsschutzreferate des BKA in Meckenheim hatte eine Sondertruppe die mehr als zehnstelligen Satellitennummern mit unauffälligen Zahlendrehern versehen. ... Beamte mehrerer Referate, die allesamt unter dem Generalverdacht des Geheimnisverrats standen, erhielten somit manipulierte Berichte. Die Sarkawi-Akte, auf den ersten Blick identisch, unterschied sich in Wirklichkeit in kleinen Nuancen. Die befreundeten Geheimdienst- und Polizeibehörden erfuhren nichts von dem Räuber- und Gendarm-Spiel.

Jetzt hieß es nur noch warten. Im April erschien dann

die Sarkawi-Story von S. ... Auch S Artikel lieferte offensichtlich noch nicht den eindeutigen Hinweis auf die undichte Stelle im Amt. ... Katzenjammer unterdessen bei den Nachrichtendiensten. Mossad, CIA und auch der BND müssen sich damit abfinden, dass ihr sensibles Sarkawi-Material für eine zweifelhafte BKA-Operation verheizt worden ist. Ein hochrangiger Berliner Sicherheitsbeamter spöttisch zum FOCUS: Da wollten wohl ein paar Polizisten ein bisschen Geheimdienst spielen.“

Zusätzlich enthielt der Artikel noch folgenden Text:

„Die Verfälschung. Im April 2005 veröffentlichte das Magazin CICERO diesen Artikel über den Top-Terroristen al-Sarkawi. Die Story stützte sich an einigen Stellen auf eine gezielte Desinformation des Bundeskriminalamts.“

Die Kl. bestreitet, dass das BKA für interne Ermittlungen die Sarkawi-Akte manipuliert und in Umlauf gebracht habe. Sie hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, die erneute Veröffentlichung oder Verbreitung mehrerer Passagen des Artikels zu unterlassen und eine Richtigstellung zu veröffentlichen.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß zur Unterlassung und Richtigstellung verurteilt. Ihre Berufung wurde zurückgewiesen. Bezüglich des Anspruchs auf Richtigstellung hat das BerGer. (OLG Hamburg) die Revision zugelassen, da die Frage von grundsätzlicher Bedeutung sei, ob einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Richtigstellungsanspruch zustehen könne.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung der Vorinstanz

I. Anspruchsgrundlage

[5] Das BerGer. (OLG Hamburg) hat ausgeführt, der Kl. stünden Ansprüche auf Unterlassung und auf Richtigstellung aus §§ 823 II, 1004 BGB analog i.V. mit § 186 StGB zu.

II. Anspruch entstanden

1. Tatsachenbehauptung

[6] Der beanstandete Artikel enthalte ehrenrührige Tatsachenbehauptungen. Es werde behauptet, das BKA habe geheimhaltungsbedürftiges Material nach vorheriger Manipulation bewusst an eine Vielzahl von Staatsschutzreferaten übersandt, obwohl es selbst davon ausgegangen sei, dass es von dort an die Presse weitergegeben werde. Durch die Verwendung des Begriffs „Verteilung“ des Materials sowie insbesondere die Äußerung „Mossad, CIA und auch der BND müssen sich damit abfinden, dass ihr sensibles Sarka-

wi-Material für eine zweifelhafte BKA-Aktion verheizt worden ist“ werde dem Leser mitgeteilt, dass das BKA zu dem Zweck der Aufdeckung einer „undichten Stelle“ dieses Material an viele Adressaten gerichtet habe und somit die Lancierung an die Presse gewollt gewesen sei, obgleich es sich um sensible und geheime Informationen anderer Geheimdienste gehandelt habe. Damit werde das BKA als unsicherer Partner anderer Geheimdienste dargestellt, der Geheiminformationen nicht nur nicht vor dem Zugriff der Presse zu schützen wisse, sondern solche Informationen sogar für die Ermittlung von Informanten einsetze und damit entwerte.

2. Unwahrheit

[7] Prozessual sei von der Unwahrheit dieser Behauptungen auszugehen. Zwar trage die Kl. beim Richtigstellungsanspruch die Beweislast für die Unrichtigkeit der Äußerung. Es hätte zur Benennung von Beweismitteln aber zunächst eines präzisen Vortrags der Bekl. bedurft, über dessen Unrichtigkeit auf entsprechenden Antrag der Kl. möglicherweise hätte Beweis erhoben werden können. Dieser erweiterten Darlegungslast sei die Bekl. nicht nachgekommen. Der Vortrag, einer ihrer Mitarbeiter sei von einem unbekanntem Informanten unterrichtet worden, genüge nicht.

3. Aktivlegitimation der Klägerin

[8] Ein Anspruch auf Richtigstellung stehe auch Körperschaften des öffentlichen Rechts zu. Weniger einschneidende Mittel stünden ihnen nicht zur Verfügung. Insbesondere seien eine Richtigstellung durch die eigene Pressestelle oder ein in einer anderen Zeitung abgedrucktes Dementi des Präsidenten des BKA nicht geeignet, die erfolgte Ehrbeeinträchtigung zu beseitigen. Die Presse werde dadurch auch nicht unzumutbar belastet. Im Hinblick auf deren Wächteramt könne einer öffentlichen Stelle ein Anspruch auf Richtigstellung allerdings nur in besonders gravierenden Einzelfällen zuerkannt werden. Ein solcher Fall liege vor, weil die Vertrauenswürdigkeit des BKA in Frage gestellt und die Funktionsfähigkeit des Amtes gefährdet sei, da befreundete Staaten besonders geheimhaltungsbedürftige Informationen möglicherweise nicht mehr zugänglich machten.

B. Revisionsentscheidung des BGH

[10] B. Die Revision der Bekl. bleibt ohne Erfolg.

I. Anspruchsgrundlage

[11] In Anlehnung an § 1004 BGB und verwandte Bestimmungen hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass der Betroffene vom Störer die Berichtigung einer unwahren Tatsachenbehauptung verlangen kann, um einem Zustand fortdauernder Rufbeeinträchtigung ein Ende zu machen und so die rechtswid-

rige Störung abzustellen (vgl. Senat, NJW 1995, 861 sowie BGH, NJW 1961, 658). Formen der Berichtigung sind insbesondere der Widerruf oder die für den Störer weniger einschneidende Richtigstellung (vgl. BVerfG, NJW 1999, 1322; BGH, VersR 1998, 195 [196] m.w.Nachw.; Prinz/Peters, MedienR, 1999, Rdnrn. 688ff.; Soehring, PresseR, 3. Aufl., Rdnrn. 31.11ff.; Wenzel/Gamer, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 13 Rdnrn. 6ff.).

II. Anspruch entstanden

Im Streitfall hat das BerGer. zu Recht die Voraussetzungen eines Richtigstellungsanspruchs als erfüllt erachtet.

1. Tatsachenbehauptung

[12] Das BerGer. entnimmt dem Artikel zutreffend äußere Tatsachen (das BKA habe unterschiedliche Versionen der Sarkawi-Akte hergestellt; diese enthielten geheimhaltungsbedürftiges Material, das zum Teil von anderen Geheimdiensten stamme) und innere Tatsachen (Zweck sei gewesen, einen Geheimnisverräter in den eigenen Reihen zu enttarnen; die Weitergabe der Akte an Dritte bzw. die Presse sei deshalb gewollt gewesen, um von der Version der weitergegebenen Akte auf den Geheimnisverräter rückschließen zu können), die zusammen die Tatsachenbehauptung ergeben, das BKA habe die Sarkawi-Akte manipuliert und ohne Rücksicht auf seine Informanten für eigene Zwecke verwendet.

a. Ansicht des BGH

[13] In diesen Aussagen hat das BerGer. zu Recht eine Rufbeeinträchtigung i.S. der § 823 II BGB, § 186 StGB gesehen. Der Vorwurf, Geheiminformationen über einen Top-Terroristen zweckwidrig zur Suche nach einem internen Geheimnisverräter einzusetzen und die Zusammenarbeit mit anderen Geheimdiensten zu gefährden, deren sensibles Material für eine zweifelhafte Operation verheizt worden sei, ist geeignet, das Vertrauen in die Arbeit des BKA und dessen Funktionsfähigkeit zu gefährden.

[14] Die Revision kann demgegenüber keinen Erfolg haben mit der Erwägung, der Artikel könne (auch) dahin verstanden werden, das Vorhandensein unterschiedlicher Versionen der „Sarkawi-Akte“ sei nur eine reine Vorsichtsmaßnahme für den Fall gewesen, dass „wider Erwarten“ ein Exemplar an die Öffentlichkeit gerate. Der Artikel spricht nämlich nicht nur von einer „Verteilung“ der Akte, sondern auch davon, das BKA habe die manipulierte Terrorismusakte lanciert, und von einem „Räuber-und-Gendarm-Spiel“. Außerdem sei die Sarkawi-Akte ein „versteckter Köder“ gewesen und „verheizt“ worden. Schließlich ist von einer „gezielten Desinformation“ die Rede und wird die Äußerung zitiert, es hätten „wohl ein paar

Polizisten ein bisschen Geheimdienst spielen“ wollen. All dies steht einem solchen Verständnis entgegen.

b. Abgrenzung von Werturteilen

[15] Ebenfalls ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Formulierung, das BKA habe „offenbar“ streng geheime Dossiers manipuliert, zeige, dass der Artikel nur die persönliche Schlussfolgerung des Verfassers wiedergebe und deshalb als Meinungsäußerung zu bewerten sei.

[16] Die Revision zielt damit darauf ab, dass mit einem Berichtigungsanspruch nur Tatsachenbehauptungen bekämpft werden können, wenn deren Unwahrheit feststeht. Dagegen kann die Berichtigung von Äußerungen, die auf ihren Wahrheitsgehalt im Beweisewege objektiv nicht überprüft werden können, weil sie nur eine (subjektive) Meinung, also ein wertendes Urteil enthalten, nicht verlangt werden, selbst wenn die in ihnen zum Ausdruck kommende Kritik nicht haltbar ist. Art. 5 I GG, der die freie Meinungsäußerung gewährleistet, verbietet es, auf diese Weise das Aufgeben einer nur wertenden Kritik mit staatlichen Mitteln zu erzwingen (vgl. Senat, NJW 1974, 1371 = VersR 1974, 1080 [1081]; VersR 1982, 904 [905]). Zu beachten ist zudem, dass sich der Schutzbereich des Art. 5 I GG auch auf die Äußerung von Tatsachen erstreckt, soweit sie Dritten zur Meinungsbildung dienen können, indem sie etwa darauf gerichtet sind, dem Leser ein eigenes Urteil über ein geschildertes Verhalten zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 90, 241 [247f.] NJW 1994, 1779; BVerfG, NJW 2003, 1109; NJW 2003, 3760; Senat, NJW 1997, 1148 = VersR 1997, 325 [326]; NJW 2007, 686 = VersR 2007, 249 [250]). Gleiches gilt, wenn es um eine Äußerung geht, in der sich Tatsachen und Meinungen vermengen und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird (vgl. Senat, BGHZ 132, 13 [20f.] = NJW 1996, 1131; BGHZ 139, 95 [101f.] = NJW 1998, 3047; NJW 2002, 1192 = VersR 2002, 445 [446]; NJW 2007, 686 = VersR 2007, 249 [250]). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Der veröffentlichte Artikel wird vielmehr maßgeblich durch die darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen und nicht durch Elemente einer Meinungsäußerung geprägt.

aa. Beweiszugänglichkeit

[17] Für die Einstufung als Tatsachenbehauptung kommt es wesentlich darauf an, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist (vgl. Senat, NJW 2005, 279 = VersR 2005, 277 [278] m.w. Nachw.).

bb. Subsumtion

Eine solche Überprüfung ist hinsichtlich der hier maßgeblichen Aussagen des Artikels möglich, die weiter

oben bereits gewürdigt worden sind und im Richtigstellungsausspruch zusammengefasst werden.

[18] Dem steht die Verwendung des Einschubs „offenbar“ nicht entgegen. Der Ansehensschutz würde leerlaufen, wenn es der Äußernde in der Hand hätte, allein durch solche Einschübe aus seinen Tatsachenbehauptungen zivilrechtlich weniger angreifbare Meinungsäußerungen zu machen. Deshalb stehen zum Beispiel Formulierungen wie „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ (vgl. Senat, NJW 1997, 1148 = VersR 1997, 325 [326]), „sollen angeblich“ (vgl. Senat, VersR 1986, 1075 [1076]), „ich meine, dass“ (Wenzel/Burkhardt, Kap. 4 Rdnr. 55), „soviel ich weiß“ oder „offenbar“ (Löffler/Steffen, PresseR, 5. Aufl., § 6 LPG Rdnr. 93) einer Qualifizierung als Tatsachenbehauptung nicht prinzipiell entgegen. Jedenfalls dann, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang des beanstandeten Artikels vom Verfasser aufgestellte rufbeeinträchtigende Behauptungen ergeben und der einschränkende Einschub den unbefangenen Leser nicht davon abhalten kann, die Äußerungen in diesem Sinne zu verstehen, liegt eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung vor. Dies ist hinsichtlich der für den Anspruch auf Richtigstellung maßgeblichen Behauptung, das BKA habe Akten, insbesondere die Sarkawi-Akte, manipuliert und verwendet und dadurch ausländische Geheimdienste brüskiert, der Fall. Entgegen der Auffassung der Revision ist es deshalb nicht erforderlich, den Einschub „offenbar“ in den Urteilsausspruch aufzunehmen.

[19] Die Einstufung als Tatsachenbehauptung gilt auch für die im Artikel genannten inneren Tatsachen. Zwar kann bei einer inneren Tatsache auch eine Meinungsäußerung vorliegen, wenn der Äußernde auf die innere Tatsache nur mit Hilfe von Indizien schließt und daraus sein subjektives Urteil bzw. seine persönliche Meinung ableitet. Äußerungen über Motive oder Absichten eines Dritten können jedoch eine Tatsachenbehauptung darstellen, falls Gegenstand der Äußerung ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten eines Dritten ist und die Klärung seiner Motivlage anhand äußerer Indizien möglichst erscheint (vgl. BVerfG, NJW 2007, 2686 [2688]; Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in Presse und Rundfunk, 3. Aufl., Rdnr. 592). So liegt es etwa bei der Behauptung, jemand habe wissentlich falsche Zahlen genannt, damit ein Vorgang bei einer Überprüfung nicht aufgedeckt werden könne (vgl. Senat, NJW 1992, 1314 [1316]). Entsprechendes gilt hier.

2. Unwahrheit

[20] Der Anspruch auf Richtigstellung setzt grundsätzlich voraus, dass die Unwahrheit der Behauptung feststeht, weil niemand durch Richterspruch verpflichtet werden darf, etwas als unrichtig zu bezeichnen, was möglicherweise wahr ist (vgl. Senat, BGHZ 37, 187

[189f.] = NJW 1962, 1438; BGHZ 69, 181 [182f.] = NJW 1977, 1681; NJW-RR 1987, 754 = GRUR 1987, 397 [399]; Löffler/Steffen, § 6 LPG Rdnr. 285; Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnrn. 17ff.). Diese Unwahrheit hat das BerGer. unter den Umständen des Streitfalls aus prozessualen Gründen in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise bejaht.

a. Beweislast beim Kläger

[21] Werden auf Grund einer unwahren Tatsachenbehauptung zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht, liegt die Beweislast für die Unwahrheit nach allgemeinen Regeln grundsätzlich beim Kl. (vgl. Damm/Rehbock, Rdnrn. 826, 903f.).

b. Keine Beweislastumkehr

Dies gilt auch bei einem Berichtigungsanspruch, bei dem eine Beweislastumkehr gem. der über § 823 II BGB in das Zivilrecht transformierten Beweisregel des § 186 StGB nicht erfolgt (vgl. Senat, BGHZ 37, 187 [189f.] = NJW 1962, 1438; BGHZ 69, 181 [183] = NJW 1977, 1681; Löffler/Steffen, § 6 LPG Rdnr. 285; Soehring, Rdnrn. 31.22ff.; Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnr. 18; a.A. Teile der Literatur, vgl. Larenz/Canaris, Lehrb. des SchuldR, Bd. II/2, 13. Aufl., § 88 II 2a, S. 712, und die Übersicht bei Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnr. 19 m.w. Nachw.).

c. Aber: Zugeständnis gem. § 138 III ZPO bei nicht hinreichend qualifiziertem Bestreiten

[22] Unabhängig von der Beweislast kann den Bekl. in Streitigkeiten der vorliegenden Art allerdings eine erweiterte (sekundäre) Darlegungslast treffen, die ihn anhält, Belegatsachen für seine Behauptung anzugeben (vgl. Senat, NJW 1974, 1710 = GRUR 1975, 36 [38]; AfP 1975, 801 [803]). Der vom Betroffenen zu führende Beweis lässt sich nämlich regelmäßig nur führen, wenn ihm die konkreten Fakten bekannt sind, auf die der Äußernde seine Vorwürfe stützt. Ist das nicht der Fall, so ist es dem Betroffenen schlechthin nicht zuzumuten, sich gewissermaßen ins Blaue hinein rechtfertigen zu müssen und dabei Umstände aus seinem persönlichen oder geschäftlichen Bereich in einem Umfang zu offenbaren, der bei ordnungsmäßiger Einlassung des Äußernden vermeidbar wäre. Kommt dieser der ihm hiernach obliegenden erweiterten Darlegungslast nicht nach, ist nach § 138 III ZPO von der Unwahrheit seiner Behauptung auszugehen (vgl. Senat, NJW 1974, 1710 = GRUR 1975, 36 [38]; GRUR 1987, 397 [399] = NJW-RR 1987, 754; NJOZ 2008, 622 = ZUM-RD 2008, 117 [119] Rdnr. 12; Löffler/Steffen, § 6 LPG Rdnr. 285; Prinz/Peters, Rdnrn. 677ff.; Soehring, Rdnr. 31.22; Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnr. 18). Das begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, solange an die Darlegungslast keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, die sich

auf den Gebrauch der Meinungsfreiheit abschreckend auswirken könnten (BVerfGE 85, 1 [21] = NJW 1992, 1439; BVerfGE 99, 185 [198f.] = NJW 1999, 1322; BVerfG, NJW-RR 2000, 1209 [1210]).

d. Subsumtion

[23] b) Nach diesen Grundsätzen hat das BerGer. zu Recht die Unwahrheit der für den Anspruch auf Richtigstellung maßgebenden Behauptung angenommen, das BKA habe im Rahmen von internen Ermittlungen wegen Geheimnisverrats Akten, insbesondere die „Sarkawi-Akte“, manipuliert oder manipulierte Akten verwendet und daher ausländische Geheimdienste brüskiert. Deren Unwahrheit ist gem. § 138 III ZPO als zugestanden anzusehen, weil die Bekl. nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des BerGer. ihrer erweiterten Darlegungslast nicht ausreichend nachgekommen ist. [wird ausgeführt]

3. Aktivlegitimation der Kl.

[27] Entgegen der Auffassung der Revision steht der Bundesrepublik Deutschland ein Anspruch auf Richtigstellung zu.

a. Als juristische Person des öffentlichen Rechts

[28] Die Revision stellt nicht in Frage, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich zivilrechtlichen Ehrenschutz gegenüber Angriffen in Anspruch nehmen können, durch die ihr Ruf in der Öffentlichkeit in unzulässiger Weise herabgesetzt wird. Zwar haben sie weder eine „persönliche“ Ehre noch können sie wie eine natürliche Person Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein; sie genießen jedoch, wie § 194 III StGB zeigt, im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben strafrechtlichen Ehrenschutz, der über §§ 1004, 823 II BGB i.V. mit §§ 185ff. StGB zivilrechtliche Unterlassungsansprüche begründen kann (vgl. Senat, NJW 1985, 2246 = VersR 1982, 904 [905]; NJW 1983, 1183, jew. m.w. Nachw.; NJW 2006, 601 = VersR 2006, 382; BVerfGE 93, 266 [291] = NJW 1995, 3303).

b. Sozialer Achtungsanspruch von Behörden aus § 194 III StGB

[29] Ein solcher Anspruch steht jedenfalls unter den Umständen des Streitfalls auch der Bundesrepublik Deutschland als Kl.zu. Die üble Nachrede richtet sich gegen eine konkrete Behörde, die als Bundesoberbehörde bzw. Behördentypus eigener Art dem Bundesministerium des Innern nachgeordnet ist und dieses im Rechtsstreit vertritt (vgl. Ahlf/Daub/Lersch/Störzer, Komm. z. BKAG, § 2 Rdnr. 4). In einem solchen Fall gilt in gleicher Weise wie bei anderen Behörden, die als juristische Personen des öffentlichen Rechts kla-

gen, der in § 194 III StGB zum Ausdruck gekommene Grundsatz, dass auch Behörden ein Anspruch auf soziale Achtung zukommt, in dem sie verletzt werden können.

Soweit im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, "der Bund" bzw. die Bundesrepublik sei auf den strafrechtlichen Sonderschutz des § 90a StGB beschränkt und daher zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche als Folge von Medienberichterstattung nicht befugt (vgl. Damm/Rehbock, Rdnr. 394; Prinz/Peters, Rdnr. 141; Soehring, Rdnr. 13.19; Wenzel/Burkhardt, Kap. 5 Rdnr. 126), trifft dies jedenfalls dann nicht zu, wenn die konkrete Äußerung geeignet ist, die Behörde schwerwiegend in ihrer Funktion zu beeinträchtigen. So liegt der Fall hier.

4. Keine Verletzung von Grundrechten der Bekl.

[30] Soweit die Revision meint, einer Behörde stehe im Regelfall ein Richtigstellungsanspruch nicht zu, weil dieser besonders intensiv in die Pressefreiheit eingreife und auch nicht verhältnismäßig sei, kann dem nicht gefolgt werden.

[31] Der erkennende Senat hat entschieden, dass einer Kassenärztlichen Vereinigung, also einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, ein Anspruch auf Widerruf zustehen kann (vgl. NJW 1982, 2246; ebenso Damm/Rehbock, Rdnr. 395). Dies entspricht dem Grundsatz, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich zivilrechtlichen Ehrenschutz gegenüber Angriffen in Anspruch nehmen können, durch die ihr Ruf in der Öffentlichkeit in unzulässiger Weise herabgesetzt wird. Im Hinblick darauf ist nicht ersichtlich, warum ein gegenüber dem Widerruf weniger einschneidender Antrag auf Richtigstellung unzulässig sein sollte. Die etwaige Befürchtung, aus der Eröffnung solcher Ansprüche könnten sich unzumutbare Belastungen für die Wahrnehmung der Meinungs- und Pressefreiheit ergeben, ist nicht begründet. Zwar darf der zivilrechtliche Ehrenschutz nicht der öffentlichen Verwaltung dazu dienen, sachliche Kritik

an ihrer Amtstätigkeit abzublocken oder sich gegen öffentliche Kritik abzuschirmen. Dem kann aber ausreichend bei der erforderlichen Interessen- und Güterabwägung (vgl. § 193 StGB) Rechnung getragen werden, indem Art. 5 I, 2 GG eine gesteigerte Bedeutung eingeräumt wird, wenn es um das Ansehen einer Behörde und nicht um den Schutz der persönlichen Ehre geht (vgl. BVerfGE 93, 266 [291] = NJW 1995, 3303; Senat, NJW 1982, 2246; Staudinger/Hager, BGB, 13. Bearb., § 823 Rdnr. C 31).

[32] Die hiernach gebotene Abwägung führt zu dem Ergebnis, dass die Verurteilung zur Richtigstellung nicht zu beanstanden ist. [wird ausgeführt]

5. Fortdauer der Rufschädigung

[37] Die Fortdauer der Rufbeeinträchtigung ist gegeben, da die (Hauptsache-)Klage bereits am 29. 11. 2005 eingereicht worden ist und der erhobene Vorwurf weiterhin das Ansehen der Kl. beeinträchtigt.

III. Rechtsfolge und Ergebnis

[38] Entgegen der Auffassung der Revision ist die zugesprochene Richtigstellung auch erforderlich und geeignet, die erfolgte Störung zu beseitigen. Grundsätzlich vermögen eigene Erklärungen des Betroffenen die Berichtigungsverpflichtung nicht zu berühren, jedenfalls wenn es um die Wahrheitsfrage geht (vgl. Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnr. 41; Wenzel/Burkhardt, Kap. 6 Rdnr. 70). Im Übrigen hat die Berichtigung grundsätzlich gegenüber denjenigen zu erfolgen, die Empfänger der Erstmitteilung waren (vgl. BGH, NJW 1968, 644 [646]; Wenzel/Gamer, Kap. 13 Rdnr. 88), also im selben Publikationsorgan, gerade wenn es wie hier auflagenstark ist. Die Möglichkeit der Kl., durch die eigene Pressestelle und Kontakte zu anderen Medien und Schreiben an befreundete Geheimdienste ihre Sicht darzulegen, lässt daher die Notwendigkeit der Veröffentlichung einer Richtigstellung durch die Bekl. nicht entfallen.

Standort: Prüfungsrecht Problem: Begründung der Hebeentscheidung im 2. Examen

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 10.09.2008
8 UZ 1815/07 (NVwZ 2009, 63)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung des VGH Kassel ging es noch einmal um die Frage, wie sich die Stationsnoten der Referendare auf die Entscheidung über die Vergabe von sog. "Sozialpunkten" im Rahmen der mündlichen Prüfung auswirken. Das OVG Münster hatte in einem Aufsehen erregenden Urteil (RA 2008, 627 = NVwZ 2008, 1037) bekanntlich entschieden, dass die Stationszeugnisse in die Vergabeent-

scheidung mit einzubeziehen seien.

Dem stimmt der VGH Kassel im Grundsatz zu, wenn gleich mit der Einschränkung, dass den Stationsnoten regelmäßig ein geringeres Gewicht zukomme als den Prüfungsleistungen. Zudem habe der Prüfling nicht immer einen Anspruch auf gesonderte Begründung der (Nicht-)vergabe der Sozialpunkte im Angesicht guter Stationsnoten. Vielmehr müsse sich eine solche Erwägung förmlich aufdrängen; dann - und nur dann - sei gesondert zu begründen, warum sich die Prüfungskommission im Ergebnis doch dagegen entschieden habe. Einen solchen Sonderfall will der VGH etwa bei

“substanziellen, wirkungsvollen Hinweisen” des Prüflings auf seine Stationsnoten annehmen.

Prüfungsrelevanz:

Dem zweiten Leitsatz kann die Obliegenheit des Prüflings entnommen werden, besonders auf die Berücksichtigung seiner Stationsnoten hinzuweisen und hinzuwirken, wenn er sich davon eine Anhebung seiner Note erhofft. Ein solcher Vorschlag erscheint angesichts der Prüfungsrealität jedoch eher fernliegend, zumal der Prüfling ja erst nach der Notenvergabe erfährt, ob er zur Erreichung der von ihm angestrebten Note auf Sozialpunkte angewiesen war; dann ist es aber schon zu spät für einen Hinweis auf die Vergabe von Sozialpunkten angesichts der Stationsnoten. Allenfalls mag sich im Vorgespräch eine Möglichkeit ergeben, subtil auf die guten Stationsnoten hinzuweisen, wenn man sich im Einzelfall wirklich etwas davon erhofft.

Vertiefungshinweise:

□ Sozialpunkte wegen guter Stationsnoten: *OVG Münster*, RA 2008, 627 = *NVwZ* 2008, 1037; *Maubach/Plate*, *NVwZ* 2008, 968

Leitsätze:

1. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Prüfer im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums bei einer Hebungsentscheidung den Leistungen im Vorbereitungsdienst geringeres Gewicht zubilligen als den Prüfungsleistungen.

2. Ein näheres Eingehen auf den Inhalt von Einzelzeugnissen im Vorbereitungsdienst ist nicht regelmäßig in jeder Begründung einer Hebungsentscheidung erforderlich, das kann vielmehr etwa nur in besonderen Grenzfällen und nach entsprechenden, substanziellen “wirkungsvollen Hinweisen” des Prüflings spätestens im Überdenkungsverfahren geboten sein.

Sachverhalt:

Der Kl. hat sich vor dem VG erfolglos gegen die Bewertung seiner Leistungen in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung gewandt. Der VGH lehnte den Antrag des Kl. ab, die Berufung zuzulassen.

Aus den Gründen:

Die vom Kl. aufgeworfene Frage nach dem Erfordernis und bejahendenfalls nach dem notwendigen Umfang der Begründung einer Hebungsentscheidung ist nicht grundsätzlich klärungsbedürftig i.S. des § 124 II Nr. 3 VwGO.

A. Anspruch auf Begründung der Vergabe bzw. Nichtvergabe von “Sozialpunkten”

Nachdem der VGH Kassel in seiner früheren Entscheidung das Erfordernis einer über die mündliche Erläuterung des Vorsitzenden im Prüfungstermin hinausgehenden schriftlichen Begründung abgelehnt hat (vgl. VGH Kassel, *NVwZ-RR* 1991, 640 [642], unter Bezug auf *OVG Münster*, *OVGE* 39, 36 [41f.]), sind nunmehr die allgemein in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Bewertungsbegründung mündlicher Prüfungsleistungen entsprechend heranzuziehen und ist auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abzustellen, so dass diese Frage nicht verallgemeinerungsfähig zu klären ist.

I. Nach BVerwG

Auch der vom Kl. benannte Umstand, dass das BVerwG selbst in der “grundlegenden Entscheidung zur Hebung” vom 12.7.1995 (*BVerwGE* 99, 74) die Frage der Begründung einer Hebungsentscheidung noch nicht behandelt und entschieden habe, begründet weder eine Klärungsbedürftigkeit dieser Frage noch eine besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeit i.S. des § 124 II Nr. 2 VwGO. Entgegen der Auffassung des Kl. lässt sich dieser Grundentscheidung des BVerwG unter Berücksichtigung des dort begründeten Ausnahmecharakters einer Abweichung von der rechnerisch ermittelten, den Leistungsstand eines Prüflings in aller Regel zutreffend kennzeichnenden Gesamtnote sogar im Umkehrschluss entnehmen, dass das Festhalten an dieser Gesamtnote eher keiner substanzierten, nachvollziehbaren Begründung bedarf, weil dieses Erfordernis dort nur für eine nachteilige Abweichung nach unten aufgestellt worden ist (vgl. *BVerwGE* 99, 74), die in Hessen gesetzlich nicht vorgesehen ist.

II. Nach OVG Münster

Unabhängig von der Frage, ob die mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 21. 4. 2008 deutlich nach Ablauf der Begründungsfrist des § 124a IV 4 VwGO eingereichte Vertiefung des klägerischen Vortrags im Hinblick auf das beigefügte Urteil des *OVG Münster* vom 9. 1. 2008 (RA 2008, 627 = *NVwZ* 2008, 1037) überhaupt berücksichtigungsfähig ist, geben die Entscheidungsgründe dieses Urteils dem Senat keinen Anlass, die Frage des Begründungsumfangs für eine Hebungsentscheidung in einem Berufungsverfahren grundsätzlich zu klären.

Zum einen deshalb, weil diese Entscheidung dazu keine ausdrückliche Aussage enthält; dort ist vielmehr lediglich aufgeführt, dass die Prüfer die im Vorbereitungsdienst erzielten Einzelzeugnisse nicht nur mit ihrer jeweiligen Endnote, sondern auch mit ihrem Inhalt „zur Kenntnis zu nehmen“ haben. Aus einer Verpflichtung, Einzelzeugnisse im Rahmen der Entscheidungsfindung inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen, folgt - entgegen dem kl. Vorbringen -

nicht ohne Weiteres die Pflicht, die angestellten Erwägungen in allen Einzelheiten in der Bewertungsbegründung darzulegen (vgl. schon VGH Kassel, Beschl. v. 25. 10. 2004 - 8 UZ 2057/04), solange die Begründung auch so nachvollziehbar bleibt.

B. Einfluss der Stationsnoten auf die Vergabe von Sozialpunkten

Zum anderen hält der Senat nach wie vor die bisherige Rechtsprechung des VGH Kassel zu Hebungsentscheidungen, wonach eine geringere Gewichtung der Ausbildungsnoten nicht zu beanstanden ist, und die im Beschluss vom 25. 10. 2004 zum notwendigen Begründungsumfang vertretene Auffassung für zutreffend, dass dieser von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt. Danach ist nicht regelmäßig in jeder Begründung einer Hebungsentscheidung ein näheres Eingehen auf den Inhalt von Einzelzeugnissen im Vorbereitungsdienst erforderlich, das kann vielmehr etwa nur in besonderen Grenzfällen und nach entsprechenden, substantziellen "wirkungsvollen Hinweisen" des Prüflings spätestens im Überdenkverfahren geboten sein.

C. Subsumtion

Ein solcher Grenzfall kann hier aber nicht angenommen werden, weil für ein Prädikatsexamen des Kl. eine Hebung von 0,37 Punkten erforderlich wäre und weder zwischen den - schon allgemein im Verhältnis zu den Prüfungsnoten besseren - Ausbildungsnoten des Kl. noch zwischen dem (verbesserten) Ergebnis seines ersten juristischen Staatsexamens und der rechnerisch ermittelten Gesamtnote seiner zweiten juristischen Staatsprüfung ein so auffällig krasses Missverhältnis besteht, dass eine Hebung sich aufdrängte und ihre Ablehnung deshalb einer besonders eingehenden Begründung hinsichtlich der Leistungen im Vorbereitungsdienst bedurfte.

Soweit der Kl. am Ende seiner Antragsbegründung die Gewichtung seiner Prüfungsleistungen im Rahmen der Hebungsentscheidung durch den Prüfungsausschuss, insbesondere zur Einschätzung einzelner Prüfungsleistungen als "Ausreißer", kritisiert, sind diese prüfungsspezifischen Wertungen der gerichtlichen Beurteilung entzogen.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: Sachenrecht****Problem: Vormerkung / Vertrag zugunsten Dritter**

BGH, URTEIL VOM 10.10.2008
V ZR 137/07 (NJW 2009, 356)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt von der Bekl. die Zustimmung zur Löschung von im Grundbuch eingetragenen Sicherungshypotheken.

Mit notarieller Urkunde vom 25.11.2004 unterbreitete die Verkäuferin dem K. das Angebot zum Kauf eines Grundstücks. Nach dem Angebot war K. berechtigt, an seiner Stelle einen Dritten zu bestimmen, für den das Angebot gelten sollte. K war demnach jedoch nicht befugt, das Recht auf die Annahme des Angebots abzutreten. Das Angebot war bis zum 28.02.2005 verbindlich. Zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung wurde unter dem 02.12.2004 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, die folgenden Wortlaut hatte: "Auflassungsvormerkung für K. ... gemäß Bewilligung vom 25.11.2004 ...". K benannte am 28.02.2005 die Kl. als Käuferin, in deren Namen das Angebot formgemäß auch angenommen wurde. Unter dem 07.02.2006 wurde die Eintragung von Sicherungshypotheken bewirkt und erst am 10.04.2006 wurde die Kl. im Grundbuch als "Berechtigte der Auflassungsvormerkung gemäß Bewilligung vom 28.02.2005" eingetragen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchten die Bekl. eine Abweisung der Klage erreichen. Die Kl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In dem hier zu beurteilenden Sachverhalt beschäftigte sich der erkennende Senat mit zwei klassischen Examensproblemen, mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 I BGB sowie mit der Vormerkung gem. §§ 883 I, 885 I BGB.

Die Kl. macht einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung von Sicherungshypotheken gem. § 888 I BGB geltend. Fraglich war daher, ob die Kl. vormerkungsberechtigt ist. Nur der Vormerkungsberechtigte kann sich auf die Sicherungswirkung der Vormerkungen gem. § 883 II 1 BGB berufen. Eine Vormerkung sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf ding-

liche Rechtsänderung i.S.v. § 883 I BGB. Es handelt sich daher um ein akzessorisches Sicherungsrecht. Vorliegend war Gegenstand der Sicherung noch kein Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, sondern lediglich ein Optionsrecht. Dies deshalb, weil die Bekl. gegenüber der K. ein verbindliches Angebot i.S.v. §§ 433 I, 311 b I 1 BGB abgegeben hatte. Allerdings sind auch Optionsrechte sicherungsfähig, wenn sie eine gesicherte Rechtsposition schaffen, da sie vergleichbar mit künftigen Ansprüchen sind, die gem. § 883 I 2 BGB sicherungsfähig sind, wenn die künftige Forderung nach Gegenstand und Schuldner bestimmbar ist (vgl. Palandt-Bassenge, BGB, § 883 Rn 14 f.; Stadler, Jura 1998, 189, 191).

Mithin ist fraglich, ob die Kl. Gläubigerin des gesicherten Optionsrechts ist. Die Kl. könnte die Option durch Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB erlangt haben, so dass analog § 401 BGB die Vormerkung mit übergeht. Soweit ein echter Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 I BGB vorliegt, gilt die Vormerkungsberechtigung auch für einen Dritten, denn dieser hat ein eigenes abgespaltenes Forderungsrecht aus dem Vertrag, ohne selbst Vertragspartei zu sein. Ob ein echter Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB vorliegt oder lediglich ein unechter Vertrag zugunsten Dritter, bei dem der Dritte gerade kein Forderungsrecht erhält, der Vertragspartner jedoch schuldbefreiend an den Dritten leisten kann, ergibt sich durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des § 328 II BGB. Hier wurde die Kl. infolge ihrer Benennung durch K. in die Lage versetzt, das Angebot der Verkäuferin anzunehmen. Sie ist dadurch aber nicht Rechtsnachfolgerin bezüglich des vormerkungsgesicherten Anspruchs geworden. Vielmehr hat sie einen eigenen Anspruch erworben, nicht anders, als wenn sie, ohne von K. benannt worden zu sein, unmittelbar mit der Verkäuferin kontrahiert hätte. Der Bewertung des Forderungserwerbs der Kl. nach Benennung durch K. als eine Art Sukzession stünde schließlich auch das Abtretungsverbot entgegen (§ 399 BGB). Die K. war aufgrund der Abrede mit der Verkäuferin gerade nicht befugt, das Recht zur Annahme abzutreten, so dass die Voraussetzungen der §§ 398, 413 BGB an einem Abtretungsverbot i.S.v. § 399 2. BGB scheitern.

Weil nun das Optionsrecht nicht auf die Kl. übergegangen war, sondern die Kl. einen eigenen Anspruch gem. §§ 433 I 1, 311 b I 1 BGB gegen die Verkäuferin

erworben hat, ist die Vormerkung analog § 401 BGB auch nicht auf die Kl. übergegangen, so dass sie keine Rechte aus der Vormerkung geltend machen kann. Zwar wurde zugunsten der Kl. unter dem 10.04.2006 eine Vormerkung eingetragen, die diesen Anspruch auf Auflassung sichern sollte, allerdings vermochte dies nicht die relative Unwirksamkeit der Eintragung der Sicherungshypotheken gem. § 883 II 1 BGB zu bewirken. Das liegt daran, dass die Eintragung der Vormerkung (10.04.2006) zeitlich nach der Eintragung der Hypotheken (07.02.2006) erfolgte, so dass die Sicherungswirkung nicht greift.

Diese Entscheidung ist sehr examensrelevant und sollte bei der Vorbereitung nicht vernachlässigt werden.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Einzahlung auf ein Kindersparbuch: *BGH*, NJW 2005, 2222

□ Zur Schenkung auf den Todesfall: *Leipold*, ZEV 2008, 392; *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2008, 389; *BGH*, RA 2008, 606; *BGH*, RA 2004, 256 = NJW 2004, 767; *Wolff*, Jura 1997, 375 ff.; *Schreiber*, Jura 1995, 159 ff.; *Martinek*, JuS 1994, 473 ff., 564 ff.

□ Zur Vormerkung: *BGH*, RA 2007, 134; *BGH*, JuS 2007, 488; *Servatius*, JuS 2006, 1060; *Staake*, Jura 2006, 561; *Stamm*, JuS 2003, 48; *BGH*, RA 2002, 25 = NJW 2001, 3701 (Bauhandwerkersicherungshypothek); *Medicus*, Jura 2001, 294; *BGH*, NJW 2000, 2899 mit Anm. Schmidt, JuS 2000, 1119 (zur Nutzungsherausgabe an den Vormerkungsberechtigten analog § 987 BGB); *BGH*, NJW 2000, 805 mit Anm. Zimmer, NJW 2000, 2978 (zur Neueintragung einer erloschenen Vormerkung)

□ Übungsklausuren: *Stamm*, Der unbekannte Erbe, Jura 2006, 133; *Berger/Skamel*, Vormerkung, Verbrauchsgüterkauf, Versäumnisurteil, JuS 2005, 923; *Gergen*, Zum Problem der erneuten Bewilligung einer inhaltsgleichen Vormerkung, JuS 2005, 523

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Sparbuch auf den Todesfall"

□ *Examenskurs*: "Adios Muchachos"

□ *Examenskurs*: "Das vorgemerkte Schwimmbad"

□ *Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

□ *Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

Leitsätze:

a) Der Anspruch des Versprechensempfängers, der auf Leistung an einen bereits benannten oder noch zu bestimmenden Dritten gerichtet ist, kann durch eine Vormerkung gesichert werden.

b) Auf die relative Unwirksamkeit eines vormerkungswidrigen Erwerbs kann sich nur der Vor-

merkungsberechtigte berufen.

Sachverhalt:

[1] Mit notarieller Urkunde vom 25.11.2004 unterbreitete die J. GmbH i.L. (im Folgenden: Verkäuferin) K. das Angebot zum Kauf eines Grundstücks. Nach dem Angebot war K. zwar berechtigt, an seiner Stelle einen Dritten zu bestimmen, für den das Angebot gleichermaßen gelten sollte, nicht aber war er befugt, das Recht auf Annahme des Angebots oder den Anspruch auf Übereignung abzutreten. Die Verkäuferin erklärte sich an das Angebot bis zum Ablauf des 28.02.2005 gebunden. Im Falle der Nichtannahme bis zu diesem Zeitpunkt sollte das Angebot nicht erlöschen, sondern der Verkäuferin lediglich das Recht zustehen, das Angebot "mit Fristsetzung dem Käufer gegenüber von 10 Tagen" zu widerrufen.

[2] Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung wurde am 02.12.2004 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, die folgenden Wortlaut hat: "Auflassungsvormerkung für K. ... gemäß Bewilligung vom 25.11.2004 ...".

Am 28.02.2005 benannte K. die Kl. als Käuferin, in deren Namen der vollmachtlos handelnde Ki. noch am selben Tag die Annahme des Angebots erklärte. Beide Erklärungen wurden notariell beurkundet. Am 17.03.2005 erklärte die Kl. die Zustimmung zu den in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen. Die Bekl. zu 1 bis 4 erwirkten am 07.02.2006 die Eintragung von Sicherungshypotheken. Am 10.04.2006 wurde die Kl. in das Grundbuch "als Berechtigte der Auflassungsvormerkung gemäß Bewilligung vom 28.02.2005" eingetragen.

[3] Die Kl. hat von sämtlichen Bekl. die Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypotheken verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung nur der Beklagten zu 3 und 4 (im Folgenden nur noch: Bekl.) ist erfolglos geblieben.

[4] Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchten die Bekl. eine Abweisung der Klage erreichen. Die Kl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, die am 02.12.2004 eingetragene Vormerkung habe einen künftigen Anspruch gesichert, für den bereits eine feste Grundlage geschaffen worden sei. Zwar habe kein echter Vertrag zugunsten eines (hier noch zu bestimmenden) Dritten vorgelegen. Da die Grundbucheintragung jedoch ausdrücklich auf die Eintragungsbewilligung vom 25.11.2004 Bezug nehme, sei wegen des K. eingeräumten Benennungsrechts auch der Anspruch des noch zu benennenden Dritten gesi-

chert. Der Vormerkungsberechtigte sei hinreichend bestimmbar, weil nicht ein unbestimmter Dritter, sondern K. eingetragen worden sei, dem das Recht zur (eigenen) Annahme mit Ersetzungsbefugnis zugestanden habe. Auch die weiteren Berufungsangriffe führten nicht zum Erfolg. Insbesondere stehe den Bekl. nicht die Anfechtungseinrede des § 9 AnfG zur Seite.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

1. Kein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypotheken gegeben

[6] Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Kl. steht der geltend gemachte Lösungsanspruch nicht zu.

a. Vormerkungsberechtigt ist grds. der Forderungsinhaber bzw. der Dritte i.S.v. § 328 I, II BGB

[7] Es ist allgemein anerkannt, dass es sich bei der Vormerkung um ein akzessorisches Recht handelt und vormerkungsberechtigt daher nur der Gläubiger der gesicherten Forderung sein kann. Das kann bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter zwar auch der Dritte sein, sofern er ein eigenes – auf dingliche Rechtsänderung gerichtetes – Forderungsrecht im Sinne von § 883 I BGB erwirbt (MünchKomm-BGB/Wacke, 4. Aufl., § 883 Rn 20; Staudinger/ Gursky [2008] § 883 BGB Rn 71). Das Vorliegen eines solchen Vertrages hat das Berufungsgericht jedoch verneint. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

b. Keine Vormerkungsberechtigung des Dritten beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, § 329 BGB

[8] Dagegen scheidet bei einem sog. unechten oder ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter eine Vormerkung zugunsten des nur "faktisch Begünstigten" mangels eigener Gläubigerstellung aus (vgl. nur Staudinger/Gursky aaO). Vormerkbar ist in solchen Konstellationen zwar der Anspruch des Versprechensempfängers, und dies auch insoweit, als die Forderung auf Leistung an einen bereits benannten oder - wie hier - noch zu bestimmenden Dritten gerichtet ist (vgl. Senatsurt. v. 22.12.1982, V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1544). Aus diesem kann der Dritte indessen nur dann etwas herleiten, wenn ihm der Anspruch mit der Folge des Übergangs auch der Vormerkung (§ 401 BGB) abgetreten worden ist (vgl. auch Senat, Urt. v.

17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.); nur der Vormerkungsberechtigte kann sich auf die relative Unwirksamkeit nach § 883 II BGB berufen (vgl. nur Palandt/ Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 883 Rn 21).

[9] Die von der Kl. daneben als weitere Möglichkeit ins Feld geführte "vertraglich begründete Sukzession" findet im geltenden Recht keine Stütze. Es ist zwar richtig, dass die Kl. infolge ihrer Benennung durch K. in die Lage versetzt worden ist, das Angebot der Verkäuferin anzunehmen. Sie ist dadurch aber nicht Rechtsnachfolgerin bezüglich des vormerkungsgesicherten Anspruchs geworden. Vielmehr hat sie einen eigenen Anspruch erworben, nicht anders, als wenn sie, ohne von K. benannt worden zu sein, unmittelbar mit der Verkäuferin kontrahiert hätte. Der Bewertung des Forderungserwerbs der Kl. nach Benennung durch K. als eine Art Sukzession stünde schließlich auch das Abtretungsverbot entgegen (§ 399 BGB).

c. Kein Anspruch auf Zustimmung der Löschung der Sicherungshypotheken gem. § 888 I BGB

[10] Aus der am 10.04.2006 eingetragenen (zweiten) Vormerkung ergibt sich schon deshalb nichts zugunsten der Kl., weil zu dieser Zeit die Sicherungshypotheken bereits entstanden waren (Eintragung am 07.02.2006).

2. Klage ist abzuweisen

[11] Ist danach die auf Zustimmung der Bekl. zur Löschung der Sicherungshypotheken gerichtete Klage abzuweisen, kommt es auf die weiteren materiellrechtlichen Angriffe der Revision ebenso wenig an, wie darauf, dass sich das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft an die Beweiswürdigung des Landgerichts im Zusammenhang der Frage einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung gebunden gefühlt hat (vgl. BGHZ 162, 313, 317 m.w.N., wonach sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen im Sinne von § 529 I Nr. 1 ZPO schon aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben können; ferner BGHZ 160, 83, 85 ff.).

III. Nebenentscheidung

[12] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 I ZPO.

Standort: Kreditsicherung**Problem: Innenausgleich der Sicherungsgeber**

BGH, URTEIL VOM 09.12.2008
XI ZR 588/07 (BECKRS 2009, 03283)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um den Innenregress wegen erfolgter Inanspruchnahme des Kl. als Sicherungsgeber durch eine Gläubigerin der Hauptschuldnerin.

Der Kl. war Minderheitsgesellschafter der Hauptschuldnerin, einer GmbH, Mehrheitsgesellschafterin war eine Kommanditgesellschaft. Die Bekl. ist Ehefrau des Kl. und Komplementärin der Mehrheitsgesellschafterin. Kommanditisten der Mehrheitsgesellschafterin sind die Kinder der Parteien.

Der Hauptschuldnerin wurde ein Kontokorrentkredit gewährt. Die Parteien übernahmen jeder für sich selbst für alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Gläubigerin eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zur Höhe von 200.000 €. Nach dem Kreditvertrag war der Kl. zudem verpflichtet, vier Grundschulden auf seinen Grundstücken zu bestellen. Neben dem hier in Frage stehenden Kontokorrent sicherten die Grundschulden vor Ausweitung des Sicherungszwecks auf den Kontokorrentkredit bereits frühere Kredite der Gläubigerin an die Hauptschuldnerin ab, insgesamt eine Summe i.H.v. 545.000 €. Das Insolvenzverfahren wurde über das Vermögen der Hauptschuldnerin eröffnet. Die Bekl. zahlte 10.000 € und der Kl. 80.000 € an die Gläubigerin, die keine weiteren Ansprüche mehr geltend macht.

Der Kl. hat die Bekl. in erster Instanz im Hinblick auf die 80%-Beteiligung der KG an der Hauptschuldnerin auf Ausgleich von 80% der Zahlungen beider Bürgen an die Gläubigerin, d.h. auf Zahlung von 61.944,92 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Im Berufungsverfahren hat er eine hälftige Beteiligung der Bekl., d.h. Zahlung von 34.965,57 € nebst Zinsen verlangt. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Antrag aus der Berufungsinstanz weiter. Die Revision hat teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich mit der Frage, inwieweit Mitbürgen einander regresspflichtig sind, wobei hier die Besonderheit vorlag, dass einer der Mitbürgen zudem i.R.d. Bestellung von vier Grundschulden Sicherheit für einen Kontokorrentkredit geleistet hatte.

Der erkennende Senat stellte in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht klar, dass die Parteien als Sicherungsgeber auf gleicher Stufe stehen (vgl. zum Verhältnis zwischen Bürge und Grundschuldbesteller:

BGH, Urteil vom 24.09.1992 - IX ZR 195/91, WM 1992, 1893, 1894) und einander grundsätzlich nach den Regeln über die Gesamtschuld gem. § 426 BGB ausgleichspflichtig sind.

Dies ergibt sich, soweit die Parteien Mitbürgen sind, aus § 774 II BGB. Dass der Kl. zusätzlich Grundschulden als Sicherheiten bestellt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Auch auf das Verhältnis zwischen Bürge und Grundschuldbesteller ist der hinter § 426 I BGB stehende allgemeine Rechtsgedanke einer anteiligen Haftung schon zur Vermeidung von Zufallsergebnissen anwendbar (BGHZ 108, 179, 183; BGH, Urteil vom 20.12.1990 - IX ZR 268/89, WM 1991, 399, 400). Dies gilt erst recht, wenn der Grundschuldbesteller, wie hier, zugleich Bürge ist.

Die Höhe des Regresses beurteilte der erkennende Senat abweichend im Vergleich zum Berufungsgericht. Bei Höchstbetragsbürgschaften bestimmt sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Innenausgleich zwischen den Bürgen nach dem Verhältnis der einzelnen Höchstbeträge (BGHZ 137, 292, 294 ff.; BGH, Urteil vom 13.01.2000 - IX ZR 11/99, WM 2000, 408, 410). Der Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Mitbürgen richtet sich daher nach dem im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger übernommenen Haftungsrisiko (vgl. Glöckner ZIP 1999, 821, 827 ff.). Die Höhe des Haftungsrisikos im Außenverhältnis demgegenüber bestimmt sich nicht allein nach der hingegebenen Bürgschaft. Vielmehr sind auch übrige Sicherheiten, also hier die Grundschulden, zu berücksichtigen.

Da die Grundschulden neben dem in Streit stehenden Kontokorrent auch andere Verbindlichkeiten der sicherten, waren die Grundschulden was das Haftungsrisiko des Kl. angeht nur insoweit zu berücksichtigen, als der Kontokorrentkredit als zu sichernde Forderung betroffen ist. Also konnten die Grundschulden nicht sämtlich in Höhe ihrer Nominalbeträge berücksichtigt werden.

Demnach wird das gegenüber der Gläubigerin übernommene Haftungsrisiko nicht nur durch die Nominalbeträge der Grundschulden und die Höchstbeträge der Bürgschaften, sondern auch durch die Höhe der gesicherten Forderungen gegen die Hauptschuldnerin begrenzt. Die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen gegen andere Schuldner sind in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen, weil der Kl. die Bekl. als Mitbürgin auf Ausgleich gemäß § 774 II, § 426 I 1 BGB nur für seine Leistungen auf Ansprüche der Gläubigerin gegen die Hauptschuldnerin in Anspruch nehmen kann und nimmt. Daraus folgt, dass dem Haftungsrisiko des Kl. i.H.v. 745.000 € ein Risiko der Bekl. i.H.v. 200.000 € gegenüberstand. Es wurden daher insgesamt Sicherheiten i.H.v. 945.000

€ für die Forderung gegeben. Im Verhältnis zur Gesamtsumme sichert die Bekl. mit 21.16 %. Daher schuldet die Bekl. dem Kl. Ausgleich in Höhe von 21,16% von dem gezahlten Gesamtbetrag in Höhe von 89.931,15 €, d.h. 19.029,43 €. Da sie 10.000 € gezahlt hat, steht dem Kl. noch eine Forderung in Höhe von 9.029,43 € zu.

Zu beachten ist jedoch, dass dieses Ergebnis nur dann Bestand hat, wenn wie hier, keine abweichende Haftungsabrede zwischen den Sicherungsgebern getroffen wurde. Nur bei Fehlen einer solchen Vereinbarung richtet sich der Ausgleich nach den § 774 II i.V.m. § 426 I BGB, im Übrigen ist kraft Vorrangs der Privatautonomie die Abrede vorrangig.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Bürgschaft allgemein: *BGH*, RA 2007, 215; *BGH*, RA 2006, 180 = *NJW* 2006, 431 (Abgrenzung Schuldbeitritt); *BGH*, RA 2006, 74 = *NJW* 2006, 229 (Mehrerlös aus zweiter Sicherheit); *BGH*, RA 2005, 241 = *NJW* 2005, 971 (Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft); *Braun*, Jura 2004, 474; *Coester-Waltjen*; Jura 2001, 742; *Becker/Dietrich*, *NJW* 2000, 2798; *Fischer*, *WM* 2000, 14

□ Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: *BGH*, RA 2007, 658; *Karst*; *NJW* 2004, 2059; *Kupisch*, *WM* 2002, 1626; *Hahn*, *MDR* 1999, 839; *Michalski*; *ZBB* 1994, 289; *Heinsius*, *Festschrift für Merz*; 1992, 177

□ Zum Wettlauf der Sicherungsgeber: *Kerbein*, *JA* 1999, 377; *Giesen*, *Jura* 1997, 122

□ Zur Rechtsprechung: *BGH*, RA 2005, 528 = *NJW* 2005, 2398 (kein bereicherungsrechtlicher Ausgleich zwischen Grundschuldinhabern nach Grundschuldablösung); *BGH*, *NJW* 2000, 575 (analoge Anwendung des § 401 BGB auf die Schuldmitübernahme) mit Anm. *Schreiber*, *JK* 2000, BGB § 401/1 □ Klausurfall: *Graziano/Schmidt*: Die isolierte Sicherungsgrundschuld - Grundschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Vierpersonenverhältnis, *Jura* 2007, 211

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Mit der Forderung Hand in Hand"

□ *Examenskurs*: "Endlich ins Internet"

□ *Assessorkurs*: "Der Blumenhandel"

Leitsätze:

1. Die Höhe des Innenausgleichs zwischen Mitbürgen und Grundschuldbestellern richtet sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, nach dem Verhältnis der gegenüber dem Gläubiger übernommenen Haftungsrisiken.

2. Die Höhe des Haftungsrisikos im Außenverhältnis gegenüber der Gläubigerin wird nicht nur durch den Höchstbetrag der Bürgschaft, sondern

auch durch alle anderen Sicherheiten, etwa Grundschulden, bestimmt. Diese sind deshalb auch bei der Bestimmung des Innenausgleichs zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. nimmt die Bekl., seine Ehefrau, als Mitbürgin auf Ausgleich in Anspruch.

[2] Die Parteien übernahmen am 15.11.2000, jeder für sich selbst, für alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die der B. ...bank (im Folgenden: Gläubigerin) aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gegen die S. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) zustanden, selbstschuldnerische Bürgschaften bis zu Höchstbeträgen von 200.000 DM. Der Kl. war Geschäftsführer der Hauptschuldnerin und hielt als Gesellschafter 20% des Stammkapitals. Weitere Gesellschafterin mit einer Stammeinlage in Höhe von 80% war die S. KG, deren Komplementärin und Geschäftsführerin die Bekl. war. Kommanditisten waren die Kinder der Parteien. Nachdem die Parteien sich im Dezember 2001 getrennt hatten, wurde der Kl. als Geschäftsführer der Hauptschuldnerin durch die Bekl. abgelöst.

[3] Anlass der Bürgschaften vom 15.11.2000 war eine Vereinbarung zwischen Gläubigerin und Hauptschuldnerin vom 3./18.11.2000 über die Gewährung eines Kontokorrentkredits in Höhe von 200.000 DM. Der Kreditvertrag sah als Sicherheiten neben den beiden Bürgschaften der Parteien Grundschulden in Höhe von 150.000 DM, 750.000 DM, 500.000 DM und 450.000 DM auf Grundstücken des Kl. sowie Sicherungsüberreibungen vor. Der Sicherungszweck der Grundschulden, die bereits für frühere Kredite der Gläubigerin an die Hauptschuldnerin und teilweise auch an andere Schuldner bestellt worden waren, wurde auf den Kontokorrentkredit vom 3./18. November 2000 erweitert. Die Grundschulden sicherten nunmehr Kredite der Gläubigerin an die Hauptschuldnerin in Höhe von insgesamt 545.000 DM.

[4] Nachdem über das Vermögen der Hauptschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, zahlten die Bekl. 10.000 € und der Kl. 79.931,15 € an die Gläubigerin, die keine weiteren Ansprüche gegen die Hauptschuldnerin geltend macht.

[5] Der Kl. hat die Bekl., die Komplementärin der KG war, in erster Instanz im Hinblick auf die 80%-Beteiligung der KG an der Hauptschuldnerin auf Ausgleich von 80% der Zahlungen beider Bürgen an die Gläubigerin, d.h. auf Zahlung von 61.944,92 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Im Berufungsverfahren hat er eine hälftige Beteiligung der Bekl., d.h. Zahlung von 34.965,57 € nebst Zinsen verlangt. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen Revision - verfolgt der Kl. seinen Antrag aus der Be-

rufungsinstanz weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision ist teilweise begründet.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Der Kl. habe gegen die Bekl. keinen Ausgleichsanspruch gemäß §§ 769, 426 I BGB, weil die Bekl. mit ihrer Zahlung von 10.000 € dem ihr im Ausgleichsverhältnis zum Kl. obliegenden Haftungsanteil genügt habe. Der Ausgleich zwischen Mitbürgen, die bis zu bestimmten Höchstbeträgen hafteten, richte sich grundsätzlich nach dem Verhältnis der einzelnen Höchstbeträge. Im vorliegenden Fall sei außerdem zu berücksichtigen, dass der Kl. neben der Bürgschaft Grundschulden in Höhe von insgesamt 1,85 Millionen DM bestellt habe.

[9] Mitbürgen und Grundpfandrechtsgeber stünden als Sicherungsgeber auf gleicher Stufe und seien untereinander nach den Gesamtschuldregeln zum Ausgleich verpflichtet. Wegen des unterschiedlichen Umfangs der von den Parteien gewährten Sicherheiten und des damit verbundenen unterschiedlichen Risikos seien die internen Haftungsanteile entsprechend dem Verhältnis der nach außen übernommenen Haftungsgrenzen zu bestimmen. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (WM 1975, 100, 101) zugrunde liegenden Fall handele es sich vorliegend nicht um eine unbegrenzte Bürgschaft, bei der die zusätzliche Bestellung dinglicher Sicherheiten den Haftungsumfang nach außen nicht erweitere.

[10] Der Einwand des Kl., die Grundschulden seien nicht verwertungsreif gewesen, weil die ihnen zugrunde liegenden Forderungen stets bedient worden seien, greife nicht durch, weil die Grundschulden jederzeit als Sicherungsmittel für den Kontokorrentkredit hätten verwertet werden können. Dass die Grundschulden neben der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung auch noch andere Verbindlichkeiten gesichert hätten, ändere an der Verteilungsquote nichts. Da keine gesicherte Forderung Vorrang vor einer anderen gehabt habe, bleibe das Risiko, für die eine oder die andere Forderung haften zu müssen, gleich.

[11] Nach diesen Grundsätzen sei bei der Ermittlung der Haftungsanteile der Parteien von einem Gesamtbetrag von 2,25 Millionen DM (Grundschulden in Höhe von 1,85 Millionen DM, zwei Bürgschaften in Höhe von jeweils 200.000 DM) auszugehen. Davon entfielen auf die Bekl. 200.000 DM, d.h. 8,89% oder 7.994,88 € angesichts des von den Parteien an die Gläubigerin gezahlten Gesamtbetrages von 89.931,15 €. Da die Bekl. bereits 10.000 € gezahlt habe, stehe dem Kl. kein Ausgleichsanspruch mehr zu.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[12] Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Dem Kl. stehe gegen die Bekl. ein Ausgleichsanspruch gemäß § 774 II, § 426 I 1 BGB in Höhe von 9.029,43 € zu.

1. Parteien stehen als Sicherungsgeber auf gleicher Stufe

[13] Das Berufungsgericht ist im Ansatz rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Parteien als Sicherungsgeber auf gleicher Stufe stehen (vgl. zum Verhältnis zwischen Bürge und Grundschuldbesteller: BGH, Urteil vom 24.09.1992 - IX ZR 195/91, WM 1992, 1893, 1894) und einander grundsätzlich nach den Regeln über die Gesamtschuld ausgleichspflichtig sind. Dies ergibt sich, soweit die Parteien Mitbürgen sind, aus § 774 II BGB. Dass der Kl. zusätzlich Grundschulden als Sicherheiten bestellt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Auch auf das Verhältnis zwischen Bürge und Grundschuldbesteller ist der hinter § 426 I BGB stehende allgemeine Rechtsgedanke einer anteiligen Haftung schon zur Vermeidung von Zufallsergebnissen anwendbar (BGHZ 108, 179, 183; BGH, Urteil vom 20.12.1990 - IX ZR 268/89, WM 1991, 399, 400). Dies gilt erst recht, wenn der Grundschuldbesteller, wie hier, zugleich Bürge ist.

2. Höhe des Innenausgleichs

[14] Die Höhe des Innenausgleichs zwischen den Parteien hat das Berufungsgericht hingegen rechtsfehlerhaft beurteilt.

a. Ausgleich im Innenverhältnis richtet sich nach dem Haftungsrisiko im Außenverhältnis

[15] Bei Höchstbetragsbürgschaften bestimmt sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Innenausgleich zwischen den Bürgen nach dem Verhältnis der einzelnen Höchstbeträge (BGHZ 137, 292, 294 ff.; BGH, Urteil vom 13.01.2000 - IX ZR 11/99, WM 2000, 408, 410). Der Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Mitbürgen richtet sich mithin nach dem im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger übernommenen Haftungsrisiko (vgl. Glöckner ZIP 1999, 821, 827 ff.).

b. Berücksichtigung von anderen Sicherheiten im Innenverhältnis

[16] Die Höhe des Haftungsrisikos im Außenverhältnis gegenüber der Gläubigerin wird nicht nur durch den Höchstbetrag der Bürgschaft, sondern auch durch alle anderen Sicherheiten, etwa Grundschulden, bestimmt. Diese sind deshalb auch bei der Bestimmung des Innenausgleichs zu berücksichtigen. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.07.1973 (VIII ZR 178/72, WM 1975, 100, 101) besagt nichts Gegenteiliges. Danach wird das Innenverhältnis zwischen Mit-

bürgen nicht dadurch berührt, dass ein Mitbürge zusätzlich zur Bürgschaft noch Grundschulden bestellt, wozu er, ebenso wie die anderen Bürgen, aufgrund des formularmäßigen Bürgschaftsvertrages verpflichtet ist. Diese Entscheidung betrifft nicht die Höhe des Ausgleichsanspruchs, sondern die - im Zeitpunkt des Urteils höchstrichterlich noch nicht entschiedene und darin offen gelassene - Frage, ob zwischen Bürge und Grundschuldbesteller überhaupt ein Ausgleich stattfindet.

c. Berücksichtigung der Grundschulden im vorliegenden Fall

[17] Die vom Kl. bestellten vier Grundschulden sind bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs allerdings, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, nicht sämtlich in Höhe ihrer Nominalbeträge zu berücksichtigen. Das gegenüber der Gläubigerin übernommene Haftungsrisiko wird nicht nur durch die Nominalbeträge der Grundschulden und die Höchstbeträge der Bürgschaften, sondern auch durch die Höhe der gesicherten Forderungen gegen die Hauptschuldnerin begrenzt. Die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen gegen andere Schuldner sind in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen, weil der Kl. die Bekl. als Mitbürgin auf Ausgleich gemäß § 774 II, § 426 I 1 BGB nur für seine Leistungen auf Ansprüche der Gläubigerin gegen die Hauptschuldnerin in Anspruch nehmen kann und nimmt.

d. Verhältnis der Haftungsrisiken

[18] Die Grundschulden sicherten Ansprüche gegen die Hauptschuldnerin in Höhe von insgesamt 545.000 DM. Auf diesen Betrag war das Risiko des Kl., mit den Grundschulden für Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin zu haften, begrenzt. Aus der Bürgschaft ergab sich ein zusätzliches Haftungsrisiko in Höhe von 200.000 DM. Die Bürgschaft sicherte zwar ebenso wie die Grundschulden den Kontokorrentkredit vom 3./18.11.2000. Sie konnte aber aufgrund ihrer weiten Zweckbestimmung auch für andere Forderungen gegen die Hauptschuldnerin in Anspruch genommen werden. Formularmäßig weite Zweckerklärungen sind gegenüber Allein- und Mehrheitsgesellschaftern sowie Geschäftsführern der Hauptschuldnerin, d.h. auch gegenüber dem Kl., wirksam (BGHZ 142, 213, 215 f.; 143, 95, 100 f.; 153, 293, 298).

[19] Dem Haftungsrisiko des Kl. von insgesamt 745.000 DM stand ein Haftungsrisiko der Bekl. von 200.000 DM gegenüber. Ihr gegenüber kann die Wirksamkeit der weiten Zweckerklärung dahinstehen, weil sie jedenfalls für die Anlassforderung, d.h. den Kontokorrentkredit in Höhe von 200.000 DM, haftet (BGHZ 137, 153, 156 f.; 153, 293, 298). Die Bekl. schuldet dem Kl. somit Ausgleich in Höhe von 21,16% von dem gezahlten Gesamtbetrag in Höhe von 89.931,15

€, d.h. 19.029,43 €. Da sie 10.000 € gezahlt hat, steht dem Kl. noch eine Forderung in Höhe von 9.029,43 € zu.

3. Keine weitergehenden Ansprüche ersichtlich

[20] Weitergehende Ansprüche des Kl. gegen die Bekl. hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus einem Mitbürgenausgleich entsprechend den Gesellschaftsbeteiligungen der Parteien an der Hauptschuldnerin. Davon ist auch der Kl. im Berufungsverfahren ausgegangen und hat seine in erster Instanz vertretene abweichende Ansicht ausdrücklich aufgegeben.

III. Beruhen i.S.v. § 561 ZPO

[21] Das angefochtene Urteil stellt sich, soweit es rechtsfehlerhaft ist, nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Keine Nichtigkeit der Bürgschaft gem. § 138 I BGB

[22] Die Bürgschaft der Bekl. ist nicht wegen krasser finanzieller Überforderung gemäß § 138 I BGB nichtig. Ein Kreditinstitut, das einer GmbH ein Darlehen gewährt, hat grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, die persönliche Haftung der Gesellschafter zu verlangen (BGHZ 137, 329, 336; 153, 293, 296). Dies gilt auch für die Bekl.. Diese war zwar nicht Gesellschafterin der Hauptschuldnerin, sondern Komplementärin der KG, die Gesellschafterin der Hauptschuldnerin war. Dies reicht aber aus. Die Wirksamkeit der Bürgschaft kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob sie von der KG, mit der Folge der persönlichen Haftung der Bekl., oder von der Bekl. unmittelbar gestellt wird.

2. Unsubstanziierter Vortrag bzgl. der Verwendung des Einkommens des Kl.

[23] Die Revisionserwiderung beruft sich ohne Erfolg darauf, ein Ehegatte, der für Geschäftsschulden des anderen Sicherheiten bestellt habe, könne nach dem Scheitern der Ehe Befreiung von seiner Verbindlichkeit oder Erstattung geleisteter Zahlungen verlangen; seine Haftung im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs sei dann ausgeschlossen. Die Revisionserwiderung verweist insoweit lediglich auf die Möglichkeit, dass der Kl. sein Einkommen aus der Hauptschuldnerin erwirtschaftete, ohne dass diese der ehelichen Lebensgemeinschaft als Erwerbsgrundlage diene, zeigt aber hierzu keinen konkreten Vortrag in den Tatsacheninstanzen auf. Dasselbe gilt für die Annahme, die Bürgschaft des Kl. sei als Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistung zu betrachten.

3. Unsubstanziierter Vortrag bzgl. Zufluß von Geldern beim Kl.

[24] Erfolglos macht die Revisionserwiderung ferner

geltend, dem Kl. seien aus frei gewordenen Sicherheiten der Hauptschuldnerin gegenüber der Gläubigerin Gelder in unbekannter Höhe zugeflossen. In den Tatsacheninstanzen hat die Bekl. vorgetragen, die Gläubigerin habe dem Kl. Ansprüche aus einer Globalzession abgetreten, auf die Zahlungen an den Insolvenzverwalter geleistet worden seien. Daraus ergibt sich keine Einwendung gegen den begründeten Teil der Klageforderung. Ob ein Mitbürge vor der Inanspruchnahme eines anderen Mitbürgen einen zumutbaren, d.h. Erfolg versprechenden Rückgriff beim Schuldner nehmen muss (vgl. hierzu MünchKomm/Habersack, BGB 4. Auflage § 774 Rn 25), bedarf keiner Entscheidung, weil nicht substantiiert vorgetragen ist, ob und in welcher Höhe Ansprüche des Kl. gegen die Insolvenzschuldnerin bestehen und realisierbar sind.

4. Unsubstantiiertes Vortrag bzgl. Treuwidrigkeit der Klageerhebung

[25] Unsubstantiiert ist auch die Behauptung der Bekl., die Klage sei treuwidrig, weil der Kl. die Insolvenz der Hauptschuldnerin selbst herbeigeführt habe.

IV. Aufhebung des Berufungsurteils und Bescheidung gem. §§ 562 I, 563 III ZPO

[26] Das Berufungsurteil war demnach aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst entschieden (§ 563 III ZPO) und der Klage in Höhe von 9.029,43 € nebst Zinsen stattgegeben. Im Übrigen war die Revision zurückzuweisen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Produkthaftung/Verkehrssicherungspflichten

BGH, URTEIL VOM 16.12.2008

VI ZR 170/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl., eine gesetzliche Pflegekasse, nimmt die Bekl., die Herstellerin von Pflegebetten ist, auf Ersatz von Nachrüstungskosten in Anspruch. Die Bekl. stellt elektrisch verstellbare Betten her, welche die Kl. bei ihr versicherten Patienten zur Verfügung stellt. Seit Mai 2000 wurde bekannt, dass die Gefahr vor Bränden an den Betten wegen Eindringens von Feuchtigkeit in die Elektrik des Bettes sowie die Gefahr von Einklemmungen wegen eines ungeeigneten Spaltmaßes besteht. Über diesen Umstand wurde auch die Kl. durch die Landesbehörden informiert. In dem entsprechenden Schreiben wurde die Kl. aufgefordert, ihren Bestand an Betten zu überprüfen und ggf. nachrüsten zu lassen. Die Kl. veranlasste die Reparaturen, nachdem die Bekl. auf Schreiben der Kl. nicht reagierte und stellte der Bekl. den Kostenaufwand in Rechnung.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit ihrer vom erkennenden Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klageziel weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit der Haftung des Herstellers wegen eines Fehlers des Produktes.

Es stellte sich im Kern die Frage, ob die Bekl. zum Ersatz der durch die Nachrüstung bedingten Kosten verpflichtet ist. In Betracht kam allein die deliktische Haftung der Bekl. gem. § 823 I BGB, da eine Vertragsbeziehung zwischen der Kl. und der Bekl. nicht vorlag.

Da das Verhalten der Bekl. nur mittelbar zur Rechtsgutverletzung führte, kommt eine Haftung nur dann in Betracht, wenn die Bekl. zur Nachrüstung der Betten selbst verpflichtet ist. Es existieren vier herstellereigenspezifische Verkehrssicherungspflichten. Zu unterscheiden sind die Fabrikationspflicht, von der Produktionspflicht, von der Instruktionspflicht und diese von der Produktbeobachtungspflicht. Der erkennende Senat stellte klar, dass die Sicherungspflichten des Herstellers nicht mit dem Inverkehrbringen des Produktes endet. Er ist vielmehr dazu verpflichtet, alles was ihm nach den Umständen zumutbar ist zu tun, um Gefahren abzuwenden, die sein Produkt erzeugen kann (vgl. Senatsurteil vom 27.09.1994 - VI ZR 150/93 - VersR 1994, 1481, 1482). Er muss es auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin beobachten und sich über seine sonstigen, eine Gefahrenlage schaffenden Verwendungsfolgen informieren (vgl. Senatsurteile BGHZ 80, 199, 202 f.; 99, 167, 172 ff.). Hieraus können sich insbesondere Reaktionspflichten zur Warnung vor etwaigen Produktgefahren ergeben, wobei Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt werden und vor allem von der Größe der Gefahr abhängig sind (Senatsurteil BGHZ 80, 186, 191 f.). Erst recht treffen den Hersteller solche Pflichten, sobald er erkennt oder für möglich hält, dass sein Produkt einen ihm anzulastenden Konstruktionsfehler aufweist (vgl. LG Frankfurt/M., VersR 2007, 1575 f.; Dietborn/Müller, BB 2007, 2358, 2359).

Die Sicherungspflichten des Herstellers nach Inverkehrbringen sind nicht notwendig auf die Warnung vor etwaigen Gefahren beschränkt (vgl. Senatsurteil vom 08.07.1960 - VI ZR 159/59 - VersR 1960, 856, 857 f.). Sie können dann weiter gehen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die Warnung, selbst wenn

sie hinreichend deutlich und detailliert erfolgt (vgl. Sack, BB 1985, 813, 817), den Benutzern des Produkts nicht ausreichend ermöglicht, die Gefahren einzuschätzen und ihr Verhalten darauf einzurichten (vgl. MünchKomm-Wagner, BGB, § 823 Rn. 257 ff.). Ferner kommen weiter gehende Sicherungspflichten in Betracht, wenn die Warnung zwar ausreichende Gefahrkenntnis bei den Benutzern eines Produkts herstellt, aber Grund zu der Annahme besteht, diese würden sich - auch bewusst - über die Warnung hinwegsetzen und dadurch Dritte gefährden (vgl. Burckhardt, VersR 2007, 1601, 1603, 1605). In solchen Fällen kann der Hersteller aufgrund seiner Sicherungspflichten aus § 823 I BGB verpflichtet sein, dafür Sorge zu tragen, dass bereits ausgelieferte gefährliche Produkte möglichst effektiv aus dem Verkehr gezogen (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 411; vgl. auch die Definition des Rückrufs in § 2 Abs. 17 GPSG) oder nicht mehr benutzt werden.

In der vorliegenden Konstellation bestand eine solche Verpflichtung der Bekl. nicht. Wie weit die Gefahrabwendungspflichten des Herstellers gehen, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden (vgl. Dietborn/Müller, BB 2007, 2358, 2360). Zur Abwendung von Gefahren, die Dritten durch die Nutzung von Produkten bekannter oder zumindest ermittelbarer Abnehmer drohen, genügt es auch in Fällen erheblicher Gefahren vielfach, dass der Hersteller die betreffenden Abnehmer über die Notwendigkeit einer Nachrüstung oder Reparatur umfassend informiert und ihnen, soweit erforderlich, seine Hilfe anbietet, um sie in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Maßnahmen in geeigneter Weise auf ihre Kosten durchzuführen (vgl. OLG Frankfurt, VersR 1996, 982, 983). Eine Reparatur des Produktes durch den Hersteller ist regelmäßig nicht erforderlich. Da die Kl. und die Zedentin zum Zeitpunkt der Nachrüstung umfassend über die bestehenden Gefahren und über die Möglichkeiten ihrer Beseitigung informiert waren, konnten und mussten sie aufgrund ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Leistungsverpflichtungen die Pflegebedürftigen versorgen und diese vor drohenden Gefahren schützen, denn der Anspruch von Pflegebedürftigen umfasst gemäß § 40 III 3 SGB XI auch die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung von Pflegehilfsmitteln. Dass sie diesen Verpflichtungen nicht uneingeschränkt nachkommen würden, war nicht zu befürchten. Also bedurfte es zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Pflegebedürftigen nicht einer Nachrüstung der Betten durch die Bekl.. Zudem konnte deliktische Verkehrspflichten der Bekl. auch inhaltlich nicht auf die Nachrüstung der Betten gerichtet sein. Deliktsrechtlich schuldete sie nicht die Bereitstellung mangelfreier, benutzbarer Pflegebetten. Die Bekl. hat-

te aufgrund ihrer produkthaftungsrechtlichen Verantwortung lediglich dafür Sorge zu tragen, dass die von den Betten ausgehenden Gefahren für die Gesundheit der Betroffenen möglichst effektiv beseitigt wurden (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344, 1346). Eine Ersatzpflicht bestand daher nicht.

Die Entscheidung erstaunt vielleicht auf den ersten Blick, ist jedoch konsequent. Das Äquivalenzinteresse wird deliktisch nicht geschützt und bleibt der vertraglichen Haftung vorbehalten.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *OLG Stuttgart*, RA 2008, 674 (Haftung des Geschäftsführers); *OLG Köln*, RA 2008, 725 = NJW-RR 2008, 1448 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2007, 250 = NJW 2007, 1368 (VSP beim Wandern); *BGH*, RA 2006, 722 (Verkäufer); *BGH*, RA 2006, 647 = NJW 2006, 3268 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2006, 454 = NJW 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = NJW 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler); *Raab*, JuS 2002, 1041; *Edenfeld*, VersR 2002, 272

□ Zur Produkthaftung: *BGH*, RA 2001, 463 = NJW 2001, 2019 (Konzertveranstalter); *OLG Hamm*, RA 2001, 328 = NJW 2001, 1654 (Brauereien); *Katzenmeier*, JuS 2003, 943; *Landrock*, JA 2003, 981; *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = NJW 2000, 2514 (Suchtgefahr bei Zigaretten); *BGH*, NJW 1998, 2905 mit Anm. Emmerich, JuS 1998, 1161 ("Feuerwirbel-Urteil" - Feuerwerkskörper)

□ Übungsklausuren: *Deinert*, Der Baulöwe im Käfig, Jura 2003, 337; *Michalski*, Das überschrittene Mindesthaltbarkeitsdatum, Übungsklausur im Zivilrecht, Jura 1995, 90

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"

□ *Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"

□ *Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Sicherungspflichten des Herstellers enden nicht mit dem Inverkehrbringen des Produktes. 2. Er ist verpflichtet, alles was ihm nach den Umständen zumutbar ist, zu tun, um Gefahren abzuwenden, die sein Produkt erzeugen kann (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 80, 199, 202 und vom 27.09.1994 - VI ZR 150/93 - VersR 1994, 1481, 1482; so schon RGZ 163, 21, 26; RG, DR 1940, 1293).

3. Er muss es auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin beobachten und sich über seine sonstigen, eine Gefahrenlage schaffenden Verwendungsfolgen informieren (vgl. Senatsurteile BGHZ 80, 199, 202 f.; 99, 167, 172 ff.).

4. Nur Ausnahmsweise bestehen weiter gehende Pflicht des Herstellers, bereits im Verkehr befindliche fehlerhafte Produkte nicht nur zurückzurufen, sondern das Sicherheitsrisiko durch Nachrüstung oder Reparatur auf seine Kosten zu beseitigen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344, 1345). Dies setzt jedenfalls voraus, dass eine solche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, um Produktgefahren, die durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern der Benutzer oder unbeteiligter Dritter drohen, effektiv abzuwehren (vgl. LG Arnberg, Urteil vom 06.05.2003 - 5 S 176/02 - Rn. 5 [juris]).

5. Der Hersteller hat dem Erwerber oder Nutzer kein fehlerfreies, in jeder Hinsicht gebrauchstaugliches Produkt zur Verfügung zu stellen um so sein Interesse an dessen ungestörter Nutzung und dessen Wert oder die darauf gerichtete Erwartung des Erwerbers (Nutzungs- und Äquivalenzinteresse) zu schützen (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.1992 - VIII ZR 276/90 - VersR 1992, 837, 840 [insoweit in BGHZ 117, 183 nicht abgedruckt]).

Sachverhalt:

Die Kl., eine gesetzliche Pflegekasse, nimmt die Bkl. als Herstellerin von Pflegebetten aus eigenem und abgetretenem Recht einer anderen Pflegekasse (im Folgenden: Zedentin) auf Ersatz von Nachrüstkosten in Anspruch.

[1] Die Kl. und die Zedentin hatten seit 1995 von der Bkl. hergestellte, elektrisch verstellbare Pflegebetten des Typs "Casa med II" bei Sanitätshäusern gekauft und sie bei ihnen versicherten Pflegebedürftigen für die ambulante häusliche Pflege zur Verfügung gestellt.

[2] Seit Mai 2000 informierte das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) mehrfach die für die Überwachung von Medizinprodukten zuständigen obersten Landesbehörden über Mängel an Pflegebetten, die die Gefahr von Bränden der Betten infolge des Eindringens von Feuchtigkeit in elektrische Antriebseinheiten sowie von Einklemmungen infolge eines ungeeigneten Spaltmaßes von Seitengittern begründeten. Mit Schreiben vom 22.05.2001 informierten die Landesbehörden u. a. die Kl. und die Zedentin über Sicherheitsrisiken von Pflegebetten infolge konstruktiver Mängel unter Beifügung detaillierter "Checklisten" und verbunden mit der Aufforderung, den jeweiligen Bestand zu überprüfen und ggf. nachrüsten zu lassen. Unter Bezugnahme darauf wandte sich die Bkl. mit Schreiben vom 27.06.2001 an "alle Kunden" und bot einen Nachrüstsatz einschließlich Einbau für 350 bis 400 DM je Bett an, der geeignet sei, die von den Behörden aufgezeigten Sicherheitsrisiken zu beseitigen.

[3] Mit Schreiben vom 29.08.2001 bat die Kl. die Bkl. um Mitteilung, welche der von ihr hergestellten

Pflegebetten von den Mängeln betroffen und für welche eine Umrüstung möglich sei. Die Kl. wies darauf hin, dass die Kosten für Umrüstungen oder Neuananschaffungen von der Bkl. zu tragen seien, dass sie selbst jedoch, sollte die Bkl. ihre Verpflichtung nicht anerkennen, die Kosten einstweilen unter dem Vorbehalt der Rückforderung übernehme. Die Zedentin bat die Bkl. mit Schreiben vom 18.10.2001 um Mitteilung bis 31.10.2001, ob die Bkl. ihre Verpflichtungen zu Nachrüstung bzw. Austausch der Betten anerkenne, weil die Sorge um die Sicherheitsbelange keinen Aufschub dulde. Die Zedentin kündigte an, selbst alles Notwendige zu veranlassen und der Bkl. gegebenenfalls die Kosten in Rechnung zu stellen.

[4] Als die Bkl. auf beide Schreiben nicht reagierte, veranlassten die Kl. und die Zedentin die Nachrüstung der Betten. Die Kl. beziffert die für den Austausch der Antriebseinheiten und der Seitengitter sowie für Montage eines Tropfwasserschutzes entstandenen Kosten mit 259.229,78 €.

[5] Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit ihrer vom erkennenden Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht, dessen Urteil u. a. in BB 2007, 2367 veröffentlicht ist, verneint kaufvertragliche Ansprüche zwischen den Parteien mangels Bestehens einer Vertragsbeziehung und eine Haftung der Bkl. aus § 823 BGB oder § 1 ProdHG, weil Personen- oder Sachschäden durch Benutzung der Pflegebetten nicht eingetreten seien. Aufwendungsersatzansprüche aus §§ 683, 677, 670 BGB, Rückgriffsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) oder Rechte aus einem Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Parteien (§§ 840, 426 BGB) stünden der Kl. nicht zu, weil die Bkl. zu Rückruf und kostenloser Nachrüstung nicht verpflichtet gewesen, die Kl. vielmehr mit der Nachrüstung allein ihren eigenen Rechtspflichten aus § 40 III 3 SGB XI nachgekommen sei. Einen Rückruf hätten die Behörden nicht angeordnet. Eine deliktische Pflicht der Bkl. zu Rückruf und Umrüstung gegenüber den Benutzern der Pflegebetten wegen drohender Gefahren für Leib oder Leben oder ein Anspruch auf Nachrüstung gegen die Bkl. aufgrund einer Schadensverhinderungspflicht entsprechend §§ 1004, 823 BGB hätten nicht bestanden, weil die Warnung im Schreiben der Bkl. vom 27.06.2001 ausreichend gewesen sei. Diese und die Informationen von Seiten der Behörden hätten den Pflegekassen ermöglicht, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Selbst im Falle eines ihr anzulastenden Konstruktionsfehlers der betroffenen Pflegebetten sei

die Bekl. zu Rückruf und kostenloser Nachrüstung nicht verpflichtet gewesen, weil es an der dafür erforderlichen konkreten Gefahr für Leib und Leben der Produktnutzer gefehlt habe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. Maßgebliche Feststellungen für die Beurteilung

[7] Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die geltend gemachten Kosten für die Nachrüstung von Pflegebetten aus der Produktion der Bekl. entstanden sind. Es hat auch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Betten zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens mit konstruktionsbedingten Sicherheitsmängeln behaftet waren und die Nachrüstung deshalb erforderlich war. Im Revisionsverfahren sind diese Behauptungen der Kl. deshalb zu ihren Gunsten zu unterstellen.

2. Keine Ansprüche gegen die Bekl. auf Ersatz der Nachrüstkosten ersichtlich

[8] Vertragliche Ansprüche auf Ersatz der geltend gemachten Nachrüstkosten kommen vorliegend nicht in Betracht und werden von der Kl. auch nicht geltend gemacht. Etwaige Ansprüche auf Aufwendungsersatz (§§ 683, 677, 670 BGB), nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 684 S. 1 i.V.m. §§ 812 ff. BGB bzw. § 812 I 1 BGB) oder aus dem Gesichtspunkt eines Gesamtschuldnerausgleichs gemäß §§ 840, 426 BGB (vgl. dazu Senatsurteil vom 18.01.1983 - VI ZR 270/80 - VersR 1983, 346, 347) bestehen nicht, weil die Bekl. zur Nachrüstung der Betten deliktsrechtlich nicht verpflichtet war.

a. Herstellerspezifische Verkehrssicherungspflichten

[9] Allerdings enden die Sicherungspflichten des Warenherstellers nicht mit dem Inverkehrbringen des Produkts. Er ist vielmehr verpflichtet, auch nach diesem Zeitpunkt alles zu tun, was ihm nach den Umständen zumutbar ist, um Gefahren abzuwenden, die sein Produkt erzeugen kann (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 80, 199, 202 und vom 27.09.1994 - VI ZR 150/93 - VersR 1994, 1481, 1482; so schon RGZ 163, 21, 26; RG, DR 1940, 1293). Er muss es auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin beobachten und sich über seine sonstigen, eine Gefahrenlage schaffenden Verwendungsfolgen informieren (vgl. Senatsurteile BGHZ 80, 199, 202 f.; 99, 167, 172 ff.). Hieraus können sich insbesondere Reaktionspflichten zur Warnung vor etwaigen Produktgefahren ergeben, wobei Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt werden und vor allem von der Größe der Gefahr abhängig sind (Senatsurteil BGHZ 80, 186, 191 f.). Erst recht treffen den Hersteller solche Pflich-

ten, sobald er erkennt oder für möglich hält, dass sein Produkt einen ihm anzulastenden Konstruktionsfehler aufweist (vgl. LG Frankfurt/M., VersR 2007, 1575 f.; Foerste, in: v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 2. Aufl., § 24, Rn. 243; G. Hager, JZ 1990, 397, 405; Dietborn/Müller, BB 2007, 2358, 2359).

b. Umfang der Verkehrssicherungspflichten nach Inverkehrbringen des Produktes

[10] Die Sicherungspflichten des Herstellers nach Inverkehrbringen seines Produkts sind nicht notwendig auf die Warnung vor etwaigen Gefahren beschränkt (vgl. Senatsurteil vom 08.07.1960 - VI ZR 159/59 - VersR 1960, 856, 857 f.). Sie können etwa dann weiter gehen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die Warnung, selbst wenn sie hinreichend deutlich und detailliert erfolgt (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 99, 167, 181; 116, 60, 68 und vom 11.07.1972 - VI ZR 194/70 - VersR 1972, 1075, 1076; Sack, BB 1985, 813, 817), den Benutzern des Produkts nicht ausreichend ermöglicht, die Gefahren einzuschätzen und ihr Verhalten darauf einzurichten (vgl. etwa Senatsurteil vom 27.09.1994 - VI ZR 150/93 - aaO, S. 1483; MünchKomm-BGB/Wagner, 4. Aufl., § 823, Rn. 257 ff.; Bodewig, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, 1999, S. 257, 268). Ferner kommen weiter gehende Sicherungspflichten dann in Betracht, wenn die Warnung zwar ausreichende Gefahrkenntnis bei den Benutzern eines Produkts herstellt, aber Grund zu der Annahme besteht, diese würden sich - auch bewusst - über die Warnung hinwegsetzen und dadurch Dritte gefährden (vgl. etwa OLG Frankfurt, VersR 1991, 1184, 1186; Bodewig, aaO, S. 266 f.; Sack, DAR 1983, 1, 2; Thürmann, NVersZ 1999, 145, 146; Burckhardt, VersR 2007, 1601, 1603, 1605). In solchen Fällen kann der Hersteller aufgrund seiner Sicherungspflichten aus § 823 I BGB verpflichtet sein, dafür Sorge zu tragen, dass bereits ausgelieferte gefährliche Produkte möglichst effektiv aus dem Verkehr gezogen (vgl. zu dieser Pflicht BGHSt 37, 106, 119 ff.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 411; vgl. auch die Definition des Rückrufs in § 2 Abs. 17 GPSG) oder nicht mehr benutzt werden.

c. Nur ausnahmsweise Erforderlichkeit der Nachrüstung oder Reparatur der im Verkehr befindlichen Waren

[11] Aus deliktischer Sicht würde eine weiter gehende Pflicht des Herstellers, bereits im Verkehr befindliche fehlerhafte Produkte nicht nur zurückzurufen, sondern das Sicherheitsrisiko durch Nachrüstung oder Reparatur auf seine Kosten zu beseitigen (vgl. dazu OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 594, 597; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344, 1345), jedenfalls voraussetzen, dass eine solche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, um Produktgefahren, die durch § 823 I

BGB geschützten Rechtsgütern der Benutzer oder unbeteiligter Dritter drohen, effektiv abzuwehren (vgl. LG Arnsberg, Urteil vom 06.05.2003 - 5 S 176/02 - Rn. 5 [juris]; LG Frankfurt/M., aaO, S. 1576; Droste, Der Regress des Herstellers gegen den Zulieferanten, 1994, S. 236 ff.; Thürmann, aaO; Burckhardt, aaO, S. 1603 f.; Dietborn/Müller, aaO, S. 2360). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der deliktsrechtliche Schutz nicht deren Äquivalenzinteresse, sondern allein ihr Integritätsinteresse erfasst (vgl. unten unter e).

[12] Je nach Lage des Falles kann auch eine Aufforderung zur Nichtbenutzung oder Stilllegung gefährlicher Produkte (vgl. Wie weit die Gefahrabwendungspflichten des Herstellers gehen, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entscheiden (vgl. OLG Frankfurt, VersR 1991, 1184, 1185; Burckhardt, aaO, S. 1604; Dietborn/Müller, BB 2007, 2358, 2360). Zur Abwendung von Gefahren, die Dritten durch die Nutzung von Produkten bekannter oder zumindest ermittelbarer Abnehmer drohen, kann es auch in Fällen erheblicher Gefahren vielfach genügen, dass der Hersteller die betreffenden Abnehmer über die Notwendigkeit einer Nachrüstung oder Reparatur umfassend informiert und ihnen, soweit erforderlich, seine Hilfe anbietet, um sie in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Maßnahmen in geeigneter Weise auf ihre Kosten durchzuführen (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 06.03.1980 - 6 U 128/79 [bei Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Band III, 1982, S. 543, 548]; OLG Frankfurt, VersR 1996, 982, 983). LG Frankfurt/M., aaO, S. 1576; Dietborn/Müller, aaO, S. 2360), gegebenenfalls in Verbindung mit öffentlichen Warnungen und der Einschaltung der zuständigen Behörden (vgl. Frick/Kluth, PHI 2006, 206, 209 f.), als geeignete Maßnahme zum Schutz vor drohenden Gefahren in Betracht kommen und ausreichend sein (vgl. zur Herstellung einer Siloanlage aufgrund Werkvertrags Senatsurteil vom 08.07.1960 - VI ZR 159/59 - aaO; zur Produkthaftung Burckhardt, VersR 2007, 1601, 1603 und 1605 f.; Foerste, aaO, § 24, Rn. 271).

d. Keine Ausnahmekonstellation gegeben

[13] Unter den Umständen des Streitfalles hat das Berufungsgericht eine deliktsrechtliche Verpflichtung der Bekl., die Pflegebetten auf eigene Kosten nachzurüsten, mit Recht verneint.

aa. Konstruktionsfehler bedingt Brandgefahr

[14] Allerdings kann eine deliktische Pflicht nicht schon mit der Erwägung des Berufungsgerichts verneint werden, eine konkrete Gefahr für Leib und Leben der Nutzer der Betten habe im Streitfall von vornherein nicht bestanden (vgl. auch LG Arnsberg, aaO). Da im Revisionsrechtszug zu unterstellen ist, dass die Pflegebetten aus der Produktion der Bekl. stammten

und die von den Behörden beanstandeten konstruktiven Sicherheitsmängel aufwiesen, bestand zumindest der ernstliche Verdacht der Brandgefahr und des Risikos von Einklemmungen der Pflegebedürftigen. Den somit zu befürchtenden Gefahren für Leib und Leben der Nutzer musste die Bekl. in geeigneter Weise begegnen. Der Hersteller darf nicht abwarten, bis erhebliche Schadensfälle eingetreten sind, bevor er Gegenmaßnahmen ergreift. Auch muss eine Gefahr, wenn sie Abwehrpflichten auslösen soll, nicht schon konkret greifbar sein (vgl. Senatsurteil BGHZ 80, 186, 191 f.; MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, § 823, Rn. 602; Bamberger/Roth/Spindler, BGB, Stand: 01.10.2007, § 823, Rn. 518; Rettenbeck, Die Rückruffpflicht in der Produkthaftung, 1994, S. 63 ff.). Das gilt insbesondere dann, wenn - wie hier - eine konstruktionsbedingte und damit eine nicht etwa nur auf Ausreißer beschränkte Gefährlichkeit im Raum steht (vgl. Graf von Westphalen, DB 1999, 1369).

bb. Keine Nachrüstung mangels Erforderlichkeit zur Gefahrenabwehr

[15] Entgegen der Auffassung der Revision war die Bekl. gleichwohl nicht zur Nachrüstung der betreffenden Pflegebetten verpflichtet, denn eine solche Maßnahme war nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen unter den besonderen Umständen des Streitfalls im Interesse der Effektivität der Gefahrenabwehr jedenfalls nicht erforderlich.

[16] Da die Kl. und die Zedentin zum Zeitpunkt der Nachrüstung umfassend über die bestehenden Gefahren und über die Möglichkeiten ihrer Beseitigung informiert waren, konnten und mussten sie aufgrund ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Leistungsverpflichtungen die Pflegebedürftigen versorgen und diese vor drohenden Gefahren schützen, denn der Anspruch von Pflegebedürftigen umfasst gemäß § 40 III 3 SGB XI auch die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung von Pflegehilfsmitteln. Dass beide Pflegekassen diesen Verpflichtungen nicht uneingeschränkt nachkommen würden, war, wie die Revision einräumt, nicht zu besorgen. Folglich bedurfte es zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Pflegebedürftigen nicht einer Nachrüstung der Betten durch die Bekl..

cc. Keine Verpflichtung zur Zurverfügungstellung funktionsfähiger Betten

[17] Hinzu kommt, dass etwaige deliktische Verkehrspflichten der Bekl. auch inhaltlich nicht auf die Nachrüstung der Betten gerichtet sein könnten. Deliktsrechtlich schuldete sie nicht die Bereitstellung mangelfreier, benutzbarer Pflegebetten. Die Bekl. hatte aufgrund ihrer produkthaftungsrechtlichen Verantwortung vielmehr lediglich dafür Sorge zu tragen, dass die von den Betten ausgehenden Gefahren für die Gesund-

heit der Betroffenen möglichst effektiv beseitigt wurden (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344, 1346; Foerste, aaO, § 39, Rn. 8; Pieper, BB 1991, 985, 988 f.; Droste, aaO, S. 236 ff.). Sie hatte dagegen nicht die allein den Pflegekassen nach § 40 III 3 SGB XI obliegende Versorgung der Pflegebedürftigen mit in jeder Hinsicht funktionsfähigen Pflegebetten sicherzustellen, selbst wenn die Pflegebedürftigen auf die Betten angewiesen waren.

e. Keine unzulässige Abwälzung der Verantwortung auf den Produktnutzer

[18] Entgegen der Auffassung der Revision kann eine deliktische Verpflichtung der Bekl., die Betten auf eigene Kosten nachzurüsten, auch nicht mit der Erwägung begründet werden, dass es dem Hersteller nicht erlaubt sein dürfe, im Falle eines Konstruktionsfehlers seine Verantwortung durch eine Warnung auf den Produktnutzer abzuwälzen, weil nicht die Warnung allein die Gefahrenlage beseitige, sondern erst der Verzicht auf die Produktbenutzung oder die Reparatur.

[19] Soweit die Revision sich auf die in der Literatur vertretene Auffassung stützt, wonach dem Erwerber bzw. Nutzer eines fehlerhaften Produkts die Gefahrenbeseitigung durch Instandsetzung auf eigene Kosten oder durch Nichtnutzung jedenfalls dann nicht zumutbar sei, wenn Konstruktions- oder Fertigungsfehler vorlägen und der Hersteller dadurch seine Verkehrspflichten beim Inverkehrbringen des Produkts verletzt habe (vgl. MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, § 823, Rn. 605 f.; J. Hager, VersR 1984, 799, 804 f.; Mayer, DB 1985, 319, 324 f.; G. Hager, aaO, S. 406; Rettenbeck, aaO, S. 79 ff.; Bodewig, aaO, S. 277; Schwenzler, JZ 1987, 1059, 1060 ff.; Michalski, BB 1998, 961, 965), kann ihr nicht gefolgt werden. Sie verkennt, dass der Hersteller aufgrund der deliktischen Produzentenhaftung und damit auch seiner etwaigen Pflichten zum Produktrückruf regelmäßig nur die von dem fehlerhaften Produkt ausgehenden Gefahren für die in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter so effektiv wie möglich und zumutbar ausschalten muss, nicht aber dem Erwerber oder Nutzer ein fehlerfreies, in jeder Hinsicht gebrauchstaugliches Produkt zur Verfügung zu stellen und so sein Interesse an dessen ungestörter Nutzung und dessen Wert oder die darauf gerichtete Erwartung des Erwerbers (Nutzungs- und Äquivalenzinteresse) zu schützen hat (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.1992 - VIII ZR 276/90 - VersR 1992, 837, 840 [insoweit in BGHZ 117, 183 nicht abgedruckt]; OLG Celle, Urteil vom 24.01.1979 - 13 U 153/78 [bei Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Band III, 1982, S. 453, 455 f.]; LG Frankfurt/M., aaO, S. 1575; Anwaltkommentar BGB/Katzenmeier, 2005, § 823, Rn. 320; Klindt, GPSG, 2007, § 2, Rn. 104; Droste, aaO, S. 236 f.; Foerste, aaO, § 24, Rn. 277; Medicus, Schuldrecht II, Bes. Teil, 13. Aufl., Rn.

106; Diederichsen, NJW 1978, 1281, 1286 in Fn. 89; Stoll, JZ 1983, 501, 503; Brüggemeier, ZHR 152 [1988], 511, 526; Pieper, aaO, S. 988, 991; Spindler, NJW 2004, 3145, 3148; vgl. auch Senatsurteil vom 28.10.1986 - VI ZR 254/85 - VersR 1987, 159, 160; BGH, BGHZ 39, 366, 368). Der Schutz solcher Interessen muss vielmehr grundsätzlich, abgesehen etwa von Sonderfällen vorsätzlicher Schädigung i. S. v. § 826 BGB, der Vertragsordnung vorbehalten bleiben (vgl. Senatsurteile BGHZ 80, 186, 189; 86, 256, 259; 146, 144, 149 m.w.N.; BGH, BGHZ 117, 183, 187 f.). Welche Konsequenzen sich aus diesen Grundsätzen für die Rückrufflichten von Herstellern im Allgemeinen ergeben, kann dahin stehen. Im Streitfall begründeten sie jedenfalls keine deliktischen Herstellerpflichten zur Nachrüstung gegenüber den Pflegebedürftigen als Produktnutzern oder den Pflegekassen als Erwerbern der Betten (für Pflichten des Herstellers allein gegenüber Eigentümern oder dinglich Berechtigten am gefährlichen Produkt Rettenbeck, aaO, S. 115 f.; Mayer, aaO, S. 323; a.A. MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, § 823, Rn. 605; Herrmann, BB 1985, 1801, 1806). Eine Verpflichtung der Bekl. zur Nachrüstung bestand nicht etwa deshalb, weil den Pflegekassen die Instandsetzung der Betten oder - falls möglich - eine Ersatzbeschaffung nicht zumutbar gewesen wäre. Dies war schon deshalb nicht der Fall, weil die Pflegekassen den Pflegebedürftigen gegenüber vorliegend sozialversicherungsrechtlich zur Gefahrenabwehr verpflichtet waren. Zudem ist kein Raum dafür, die nur durch das Vertragsrecht geschützten Interessen der Pflegekassen an uneingeschränkter Verwendbarkeit der Betten allein aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten dem Schutz der Deliktsordnung zuzuführen (vgl. Senatsurteil BGHZ 86, 256, 259).

3. Keine Haftung der Bekl. für z.Z. der Nachrüstung bereits eingetretenen Schäden

[20] Eine Rechtspflicht der Bekl. zur Nachrüstung bestand auch nicht aufgrund einer Haftung nach § 823 I BGB für zum Zeitpunkt der Nachrüstung etwa bereits eingetretene Schäden an Rechtsgütern von Pflegebedürftigen, die die betreffenden Pflegebetten nutzten.

a. Keine Rechtsgutsverletzung und kein Schaden

[21] Da sich die Risiken der von der Kl. oder der Zedentin erworbenen Pflegebetten nicht verwirklicht haben, fehlt es insoweit bereits an einer dafür erforderlichen (vgl. etwa Foerste, aaO, § 39, Rn. 2; Droste, aaO, S. 228; Pieper, aaO, S. 989) Rechtsgutsverletzung sowie an einem Schadenseintritt.

[22] Dass die Pflegebedürftigen die Betten nicht in vollem Umfang bestimmungsgemäß nutzen konnten, begründet selbst dann keinen Gesundheitsschaden, wenn sie auf die Nutzung angewiesen und auf dem

Markt sichere Pflegebetten nicht in ausreichender Zahl verfügbar waren. Dementsprechend ist auch nicht der Tatbestand des § 1 I 1 ProdHG erfüllt, der ebenfalls die Verletzung von Körper oder Gesundheit voraussetzt.

b. Keine Begründung des Tatbestandes durch konkrete Gefährdung eines deliktischen Rechtsguts

[23] Rechtsgutsverletzung und Schadenseintritt können entgegen der Auffassung der Revision auch nicht mit der Begründung bejaht werden, es stehe, weil Schadensverhütung der Schadensregulierung vorgehe, die konkrete Gefährdung eines deliktisch geschützten Rechtsguts dem schon erfolgten Schadenseintritt gleich, woraus sich ein Anspruch auf Beseitigung der Gefährdung nach § 823 I BGB ergebe (vgl. J. Hager, aaO, S. 802; ebenso LG Hamburg, VersR 1994, 299; vgl. auch Pauli, PHI 1985, 134, 145). Unabhängig davon, ob diesem Ansatz grundsätzlich gefolgt werden könnte (dagegen Foerste, aaO, § 39, Rn. 2 ff.; Beck, aaO, S. 138 ff.; Kreidt, aaO, S. 217), hat im Streitfall eine solche Gefahr jedenfalls nicht bestanden. Zudem wäre - wie oben dargelegt - ein etwaiger Anspruch auf Gefahrbeseitigung grundsätzlich nicht auf Nachrüstung der Betten gerichtet gewesen.

c. Kein Schaden durch getätigte Aufwendungen zur Gefahrenabwehr

[24] Anderes lässt sich vorliegend auch nicht damit begründen, dass vor einem Schadensfall getätigte Aufwendungen für Maßnahmen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter als Schaden im Sinne dieser Vorschrift einzuordnen und zu ersetzen sein können (vgl. Senatsurteile BGHZ 32, 280, 285; 75, 230, 237; BGH, BGHZ 59, 286, 288; 80, 1, 6 f.; BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 823, Rn. 454; Stoll, Festgabe für Weitnauer, 1980, S. 411, 420; von Caemmerer, Ges. Schriften III, 1983, S. 226, 234 f.). Voraussetzung dafür wäre jedenfalls die drohende und auf andere Weise nicht zu verhindernde Verletzung von Rechtsgütern i. S. v. § 823 I BGB (vgl. BGB-RGRK/Steffen, aaO). Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn, wie hier, der Schadenseintritt schon dadurch ohne weiteren Aufwand vermeidbar ist, dass der umfassend über die Gefährdung informierte Abnehmer oder Benutzer auf die Benutzung der gefährlichen Sache verzichtet (vgl. Stoll, JZ 1983, 501, 503 f.; ders., Festschrift Lange, 1992, S. 729, 739, 745 f.; Foerste, aaO, § 39, Rn. 2 ff.; ders., DB 1999, 2199, 2200; Rolland, Produkthaftungsrecht, Teil II, Rn. 50 f.; Koch, Pro-

dukthaftung, 1995, S. 353; anders OLG Karlsruhe, VersR 1986, 1125, 1127; OLG München, VersR 1992, 1135; G. Hager, AcP 184 [1984], 413, 422 ff.; Schwenzer, aaO, S. 1060 f.; Graf von Westphalen, DB 1990, 1370). Der sich daraus ergebende Nachteil der Pflegekassen, die erworbenen Pflegebetten für die Versorgung der Pflegebedürftigen nicht weiter einsetzen zu können, sondern zur Ersatzbeschaffung bzw. Nachrüstung gezwungen zu sein, betrifft - wie ausgeführt - allein das deliktisch nicht geschützte Nutzungsinteresse der Kassen.

4. Kein Fall des § 823 I BGB nach den Grundsätzen des weiterfressenden Mangels

[25] Der Kl. stehen gegen die Bekl. schließlich keine eigenen oder von der Zedentin abgetretenen außervertraglichen Ansprüche auf Nachrüstung bzw. Kostenübernahme zu, insbesondere keine Schadensersatzansprüche nach § 823 I BGB aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Eigentums an den Pflegebetten, auch wenn dem Hersteller deliktische Pflichten zum Schutz vor Beschädigung oder Zerstörung (hier etwa durch einen Brand) nicht nur in Bezug auf durch Konstruktions- oder Herstellungsmängel gefährdete andere Sachen des Erwerbers, sondern auch zur Erhaltung der von ihm hergestellten Sache selbst aufgegeben sein können (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 86, 256, 258 und vom 24.03.1992 - VI ZR 210/91 - VersR 1992, 758, 759 m.w.N.; BGH, BGHZ 67, 359, 364 f.). Deckt sich der geltend gemachte Schaden nämlich mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit schon bei ihrem Erwerb anhaftete, ist er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen, und es ist insoweit für deliktische Schadensersatzansprüche kein Raum (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 86, 256, 259; 146, 144, 148; BGH, BGHZ 117, 183, 187 f.). So liegt der Fall hier, weil die Pflegebetten im Zeitpunkt der Nachrüstung keine weiteren Schäden aufwiesen als die geltend gemachten - gegebenenfalls von Anfang an bestehenden - Sicherheitsrisiken (vgl. Senatsurteile vom 18. 01.1983 - VI ZR 270/80 - VersR 1983, 346 und vom 14.05.1985 - VI ZR 168/83 - VersR 1985, 837, 838; OLG Hamburg, Urteil vom 06.03.1980 [aaO, S. 543]; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1344, 1346; Droste, aaO, S. 224 f.; Hübner, VersR 1985, 701, 708; Foerste, aaO, § 24, Rn. 284; ders., DB 1999, 2199, 2200).

III. Nebenentscheidung

[26] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 I, 101 I ZPO.

Standort: Bereicherungsrecht / ZPO I**Problem: Hemmung der Verjährung**

BGH, URTEIL VOM 18.12.2008
III ZR 132/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Beiträgen, die innerhalb eines sog. Schenkkreises zugewandt wurden. Die Kl. leistete zwei "Schenkungen" in Höhe von jeweils 2.500 € an die Bekl., die zu diesem Zeitpunkt die Empfängerposition inne hatte. Diese Spieleinsätze begehrt die Kl. zurück.

Die Klage ging beim Gericht am 29.12.2006 ein. Die Klage wurde am 01.08.2007 rechtshängig. Der Bekl. erhebt die Einrede der Verjährung.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre Forderung weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit der Frage, ob der Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 1. Fall BGB verjährt ist (zu den Problemen der Anspruchsbegründung vgl. OLG München, RA 2008, 784 m.w.N.) unter Berücksichtigung einer ggf. eingetretenen Hemmung der Verjährung.

Der Bekl. berief sich auf die Einrede der Verjährung gem. § 214 I BGB. Bereicherungsrechtliche Ansprüche unterliegen der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB. Also beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre und beginnt gem. § 199 I Nr. 1, 2 BGB mit dem Schluss desjenigen Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

In dem hier zur Beurteilung stehenden Fall waren diese Voraussetzungen bereits im Juni bzw. Juli 2003 gegeben. Zu dieser Zeit erfolgten die Vermögenszuwendungen der Kl.. Jedenfalls wegen der Funktionsweise der Schneeballsysteme und der insoweit sittenwidrigen Begleitumstände konnte die Kenntnis der Kl. vorausgesetzt werden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass für den Beginn der Verjährung grundsätzlich nicht erforderlich ist, dass eine zutreffende rechtliche Würdigung seitens der Kl. erfolgt (Senatsbeschluss vom 19.03.2008, III ZR 220/07 = ZIP 2008, 1538). Anderes gilt nur dann, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (Senatsbeschluss vom 19.03.2008 aaO m.w.N.). Eine solche Konstellation lag hier jedoch nicht vor. Aus der Sittenwidrigkeit des

Schneeballsystems und der Nichtigkeit der in diesem Zusammenhang erbrachten Zuwendungen ergab sich der Bereicherungsanspruch von selbst. Fraglich konnte allenfalls sein, ob diesem die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegenstand. Allerdings hatte der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1990 darauf hingewiesen, dass bei dem Rückforderungsverbot des § 817 S. 2 BGB nicht außer Betracht bleiben kann, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt, und dass danach im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein kann (BGHZ 111, 308, 312). Genau eine solche Situation ist hier gegeben. Bereits im Jahr 2005 hat der BGH eine entsprechende Wertung für die Schenkkreismodelle bejaht (BGH, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45). Dementsprechend hat der Fristlauf mit Ende des Jahre 2003 begonnen, so dass Verjährung mit Ablauf des 31.12.2006 eintrat.

Eine Hemmung der Verjährung nach § 167 ZPO i.V.m. § 204 I Nr. 1 BGB ist hier auch nicht eingetreten. Gem. § 209 ZPO ist der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährung nicht einzurechnen. Hier war die Klage zwar vor Ablauf der Verjährung anhängig geworden. Jedoch trat die Rechtshängigkeit gem. §§ 253 I, 261 I ZPO erst am 01.08.2007 ein. Dies beruhte darauf, dass die Anforderung des Gerichtskostenvorschusses an den Prozessbevollmächtigten der Kl. versehentlich an eine falsche Adresse gesandt worden war. Dieser Fehler wurde gerichtsseits erst nach sechs Monaten i.R.d. Wiedervorlage bemerkt. Auf eine entsprechende neue Anforderung reagierte der Kl. prompt, so dass die Zustellung dann erfolgte. Es müsste nunmehr ein Hemmungstatbestand greifen. Dies ist gem. § 204 I Nr. 1 BGB i.V.m. § 167 ZPO dann der Fall, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Sinn und Zweck des § 167 ZPO ist derjenige, dass durch Verzögerungen der Zustellung keine unvermeidbaren Belastungen entstehen dürfen, weil das Verfahren dem Einflussbereich der Parteien entzogen ist (sog. Amtszustellung gem. § 166 ff. ZPO). Allerdings ist die Rückwirkung aus Argumenten des Vertrauensschutzes nur dann gerechtfertigt, wenn die Zustellung demnächst, d.h. in nicht allzu erheblichem zeitlichen Abstand vom Fristablauf erfolgt (Zöller-Greger, ZPO, § 167 Rn 10). Neben einer zeitlichen Komponente werden auch wertende Betrachtungen vorgenommen. Insoweit ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Zustellungsbetreiber alles ihm zumutbare für eine baldige Zustellung getan hat und der Rückwirkung keine schutzwürdigen Belange des Empfängers entgegenstehen (BGH, NJW 1999, 3125). Zwar beruhte die Verzögerung nicht auf

einem Verursachungsbeitrag der Kl. oder ihres Prozessbevollmächtigten, sondern auf einem Fehler des Gerichts. Gleichwohl hätte nach Ablauf einer gewissen, großzügig zu bemessenden Frist dem Prozessbevollmächtigten auffallen müssen, dass der Vorschuss nicht angefordert und die Zustellung nicht bewirkt worden war. Dies hätte Anlass geben müssen, zB. durch entsprechende Nachfragen oder Erinnerungen beim Gericht, auf das Weiterbetreiben des Verfahrens hinzuwirken (BGHZ 69, 361, 364 f; BGH, Urteil vom 12.07.2006 - IV ZR 23/05 = NJW 2006, 3206, 3207 Rn. 18).

Der hier in Rede stehende Zeitraum von einem halben Jahr, innerhalb dessen nichts geschehen ist, ist für ein entschuldbares Zuwarten zu lang gewesen. Der erkennende Senat bestätigte die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts. Also ist die Klagezustellung hier nicht "demnächst" erfolgt, so dass eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift nicht stattfinden kann. Daher hatte die Revision keinen Erfolg.

Vertiefungshinweise:

- Zur Sittenwidrigkeit des "Thailändischen Share-Spiels": LG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 200
- Zum Rechtsschutz bei Rückforderung eines Schenkkreisbetrages: OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1433
- Zur Strafbarkeit bei Kettenbrief-, Schneeball- und Pyramidensystem: Finger, ZRP 2006, 159
- Zur Beweislast für die Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung: BGH, RA 2003, 297 = NJW 2003, 1039
- Zu § 817 S. 2 BGB: OLG München, RA 2008, 784 (Rückforderung unter Mitspielern eines Schenkkreises); BGH, RA 2008, 427 = NJW 2008, 1942 (Rückforderung unter Mitspielern eines Schenkkreises); BGH, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (Rückforderung eines Gebers vom Initiator eines Schenkkreises); BGH, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490 (bei Rückabwicklung des Kaufs eines Radarwarngerätes)

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Schwarzarbeit"
- Examenskurs: "Von Titelhändlern und anderen selbstlosen Menschen"
- Examenskurs: "Der defekte Synthesizer"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht unterliegen der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 I Nr. 1, 2 BGB.**
- 2. Die "den Anspruch begründenden Umstände" im Sinne des § 199 I Nr. 1 BGB bestanden in der**

Funktionsweise des sittenwidrigen Schneeballsystems, so dass der Anspruch mit der Zuwendung entstanden ist.

3. Für die Kenntnis im Sinne des § 199 I Nr. 2 BGB ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Kl. aus den Gegebenheiten die zutreffende rechtliche Würdigung zieht (Senatsbeschluss vom 19.03.2008 - III ZR 220/07 = ZIP 2008, 1538 f Rn. 7 m.w.N.).

4. Ausnahmsweise kann anderes gelten, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (Senatsbeschluss vom 19.03.2008 aaO m.w.N.). Eine derartige Fallkonstellation lag hier indessen nicht vor: Aus der Sittenwidrigkeit des Schneeballsystems und der Nichtigkeit der in diesem erbrachten Zuwendungen ergab sich der Bereicherungsanspruch von selbst. Auch die Konditionssperre greift nach bestätigter Rechtsprechung des BGH nicht.

Sachverhalt:

Im Juni oder Juli 2003 erbrachte die Kl. im Rahmen eines "Schenkkreises", der wie im Senatsurteil vom 13.03.2008 (III ZR 282/07 = NJW 2008, 1942) beschrieben organisiert war, an den auf der Empfängerposition stehenden Bekl. eine Zuwendung in Höhe von 5.000 €.

[1] Mit der vorliegenden, am 29.12.2006 bei Gericht eingegangenen und am 01.08.2007 zugestellten Klage verlangt sie die Rückerstattung dieses Betrages mit Zinsen.

[2] Der Bekl. erhebt unter anderem die Einrede der Verjährung.

[3] Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

[4] Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre Forderung weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist nicht begründet.

1. Anspruch auf Rückgewähr gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

[6] Allerdings ist davon auszugehen, dass die seinerzeitige Leistung der Kl. an den Bekl. wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtig gewesen ist und einen auf Rückzahlung gerichteten Bereicherungsanspruch (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB - Leistungskondiktion -) begründet hat.

a. Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

[7] Bei den Schenkkreisen handelt es sich um ein Schneeballsystem, welches darauf angelegt ist, dass die ersten Mitglieder einen (meist) sicheren Gewinn erzielen, während die große Masse der späteren Teilnehmer ihren Einsatz verlieren muss, weil angesichts

des Vervielfältigungsfaktors in absehbarer Zeit keine neuen Mitglieder mehr geworben werden können. Dies verstößt - wie in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist - gegen die guten Sitten. Dieser Verstoß gegen die guten Sitten fällt im vorliegenden Fall sowohl der Kl. als der Leistenden als auch dem Bekl. als dem Empfänger zur Last (st. Rspr.; siehe insbesondere Senatsurteile vom 10.11.2005 - III ZR 72/05 = NJW 2006, 45, 46 Rn. 9; vom 13.03.2008 - III ZR 282/07 = NJW 2008, 1942 Rn. 6; vom 06.11.2008 - III ZR 120/08 Rn. 10 und 121/08 Rn. 10, jeweils m.w.N.).

b. Kein Ausschluss gem. § 817 S. 2 BGB

[8] Der hierauf gestützte Bereicherungsanspruch scheidet auch nicht an § 817 S. 2 BGB. Die dortige Konditionssperre entfällt nicht nur bei Bereicherungsansprüchen, die sich gegen die Initiatoren eines "Schenkereiches" richten, sondern allgemein bei allen Zuwendungen im Rahmen derartiger Kreise, ohne dass es auf eine einzelfallbezogene Prüfung der Geschäftsgewandtheit und Erfahrungheit des betroffenen Gebers oder Empfängers ankommt (Senatsurteile vom 13.03.2008 aaO Rn. 10 ff und vom 06.11.2008 Rn. 11).

2. Einrede der Verjährung gem. § 214 I BGB greift

[9] Das Berufungsgericht hat jedoch mit Recht angenommen, dass gegen den Bereicherungsanspruch die vom Bekl. erhobene Einrede der Verjährung durchgreift.

a. Verjährung gem. §§ 195, 199 I BGB

[10] Der Anspruch unterlag der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB n.F.

[11] Die Verjährungsfrist begann mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 I Nr. 1 und 2 BGB n.F.).

b. Voraussetzungen des § 199 I Nr. 1 BGB erfordern grds. keine zutreffende rechtliche Würdigung

[12] Dies war hier bereits der Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zuwendung im Juni oder im Juli 2003. Die "den Anspruch begründenden Umstände" im Sinne des § 199 I Nr. 1 BGB bestanden hier - wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat - in der Funktionsweise des sittenwidrigen Schneeballsystems. Diese Kenntnis konnte bei der Kl. nach dem unstreitigen Sachverhalt und den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts vorausgesetzt werden. Hingegen war grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Kl. aus diesen Gegebenheiten die zutreffende rechtliche Würdigung zog (Senatsbeschluss vom 19.03.2008 - III ZR 220/07 = ZIP 2008, 1538 f Rn. 7 m.w.N.).

c. Anderes gilt bei unübersichtlicher oder zweifelhafter Rechtslage

[13] Ausnahmsweise kann etwas anderes gelten, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (Senatsbeschluss vom 19.03.2008 aaO m.w.N.). Eine derartige Fallkonstellation lag hier indessen nicht vor: Aus der Sittenwidrigkeit des Schneeballsystems und der Wichtigkeit der in diesem erbrachten Zuwendungen ergab sich der Bereicherungsanspruch von selbst. Fraglich konnte allenfalls sein, ob diesem die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegenstand. Insofern hatte der Bundesgerichtshof jedoch bereits im Jahre 1990 - d.h. lange vor den hier in Rede stehenden Vorgängen - darauf hingewiesen, dass bei dem Rückforderungsverbot des § 817 S. 2 BGB nicht außer Betracht bleiben kann, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt, und dass danach im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein kann (BGHZ 111, 308, 312). Auch wenn es sich dabei nicht um einen allgemeingültigen Grundsatz handelte (Senatsurteil BGHZ 118, 142, 150), ergab sich schon daraus - und nicht erst, wie die Revision meint, aus dem Senatsurteil vom 10.11.2005 - für die Rückabwicklung von Zuwendungen im Rahmen eines "Schenkereiches" ein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass eine Überwindung der Konditionssperre durchaus erfolgversprechend war.

[14] Insbesondere war erkennbar, dass innerhalb der Leistungskondition der Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm nicht dadurch konterkariert werden durfte, dass der durch sie zu verhindernde sittenwidrige Zustand perpetuiert oder weiterem sitten- und verbotswidrigen Handeln Vorschub geleistet werden durfte (Senatsurteil vom 13.03.2008 aaO Rn. 10 m.w.N.). Dass gleichwohl - wie die Revision unter Hinweis auf divergierende oberlandesgerichtliche Entscheidungen darzulegen versucht - ein gewisses Prozessrisiko verblieb, ist für die Kenntnis im Sinne des § 199 I BGB unerheblich.

d. Verjährung im konkreten Fall

[15] Dementsprechend begann die Verjährung hier mit dem Ende des Jahres 2003 und lief am 31.12.2006 ab.

e. Keine Hemmung der Verjährung gem. § 167 ZPO i.V.m. § 204 I Nr. 1 BGB

[16] Eine Hemmung der Verjährung nach § 167 ZPO i.V.m. § 204 I Nr. 1 BGB ist hier nicht eingetreten.

aa. Klageschrift ging rechtzeitig bei Gericht ein

[17] Allerdings ist die Klageschrift rechtzeitig vor dem Verjährungsablauf bei Gerichteingegangen. Die

Verzögerung der Zustellung beruhte darauf, dass die vom 04.01.2007 datierende Anforderung des Gerichtskostenvorschusses an den Prozessbevollmächtigten der Kl. unter einer falschen Anschrift gerichtet worden war. Als das Gericht dies nach Ablauf der sechsmonatigen Wiedervorlagefrist am 05.07.2007 feststellte, übersandte es die Rechnung an diesem Tag an die richtige Adresse. Am 19.07.2007 ging daraufhin der Gerichtskostenvorschuss ein. Sodann wurde umgehend die Klagezustellung veranlasst, die am 01.08.2007 erfolgte.

bb. Verzögerung wegen Nichtzahlung des Prozesskostenvorschusses

[17] Diese Verzögerung war zunächst nicht von der Kl. oder ihrem Prozessbevollmächtigten zu vertreten, sondern beruhte auf einem Fehler des Gerichts. Gleichwohl hätte nach Ablauf einer gewissen - großzügig zu bemessenden - Frist dem Prozessbevollmächtigten auffallen müssen, dass der Vorschuss nicht angefordert und die Zustellung nicht bewirkt worden war. Dies hätte Anlass geben müssen, zumindest

durch entsprechende Nachfragen oder Erinnerungen beim Gericht auf das Weiterbetreiben des Verfahrens hinzuwirken (BGHZ 69, 361, 364 f; BGH, Urteil vom 12.07.2006 - IV ZR 23/05 = NJW 2006, 3206, 3207 Rn. 18).

[18] Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass der hier in Rede stehende Zeitraum von einem halben Jahr, innerhalb dessen nichts geschehen ist, für ein entschuldbares Zuwarten zu lang gewesen ist. Gegenteiliges ist auch dem Urteil des IV. Zivilsenats vom 15.01.1992 (IV ZR 13/91 = BGHR ZPO § 270 Abs. 3 Prozesskostenvorschuss 1 = NJW-RR 1992, 470), auf das sich die Revision beruft, nicht zu entnehmen. Dementsprechend hat das Berufungsgericht mit Recht entschieden, dass die Klagezustellung hier nicht "demnächst" erfolgt ist und deshalb eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift nicht stattfinden kann.

3. Klageabweisung erfolgte zu Recht

[19] Die Klage ist nach alledem im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

*Strafrecht***Standort: § 24 StGB****Problem: Rücktritt vom mehraktigen Versuch**

BGH, BESCHLUSS VOM 08.10.2008

4 StR 233/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte den Zeugen töten und schoss deshalb mit einer Pistole auf ihn, als dieser im Wagen des Angeklagten saß. Dem Zeugen gelang es, in den Wald zu fliehen, der Angeklagte blieb im Auto sitzen und schoss noch mehrmals auf den Fliehenden. Als der Zeuge nach einiger Zeit zurückkam, schoss der Angeklagte noch einmal auf ihn und verfolgte ihn dann mit seinem (geländegängigen) Pkw in den Wald. Als er den Zeugen erreicht hatte, hielt er sein Fahrzeug an und erklärte, dass er die Tat bereue. Auf Aufforderung des Zeugen warf der Angeklagte seine -immer noch geladene - Pistole weg und ließ den Zeugen einsteigen, um ihn ins Krankenhaus zu fahren. Als der Zeuge während der Fahrt mit seinem Bruder telefonierte befürchtete der Angeklagte, seine frühere Tat werde nun aufgedeckt und steuerte das Fahrzeug gegen einen Baum, um den Zeugen zu töten.

Das Landgericht Frankfurt hatte in den Schüssen des Angeklagten auf den Zeugen einen versuchten Mord, §§ 211, 22, 23 I StGB, gesehen und einen weiteren Mordversuch in dem Fahren gegen den Baum. Deshalb hatte es den Angeklagten insbesondere wegen zweifachen Mordversuchs in Tatmehrheit, § 53 StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da der Angeklagte vom ersten Mordversuch noch zurückgetreten sein könne.

Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen eines Rücktritts vom Versuch, § 24 StGB, stellen typische Examensaufgaben aus dem Bereich des Allgemeinen Teils dar, die zwar meist - wie in der vorliegenden Entscheidung - im Rahmen von Körperverletzungs- und Tötungsdelikten anzusprechen sind, sich aber auch mit anderen Deliktstypen verbinden lassen. Wenn die vorliegende Entscheidung auch keine wirklich neuen Erkenntnisse bringt, so stellt sie doch eine typische Konstellation dar.

Nach herrschender Meinung ist ein strafbefreiender Rücktritt dann ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGH, NJW 2003, 1057; NStZ 2004, 333; Fischer, § 24 Rn 6; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7; Kudlich, JuS 1999, 242). Die Gegen-

auffassung lehnt die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs zwar mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ab (v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 33; Ranft, JURA 1987, 534; Haft, NStZ 1994, 536), kommt allerdings - meist über die Verneinung der Freiwilligkeit - in entsprechenden Fällen auch zur Ablehnung eines Rücktritts, sodass es sich insofern wohl eher um einen dogmatischen Streit handeln dürfte.

Ein Versuch ist nach h.M. dann fehlgeschlagen, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne das Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette vollenden könne (BGH, NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168, 169; Fischer, § 24 Rn 7).

Problematisch ist das Vorliegen eines Fehlschlags insbesondere im Falle eines sog. "mehraktigen" Versuchs, wenn der Täter also durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen versucht, denselben Erfolg herbeizuführen bzw. glaubt, dies zu können (vgl. die Darstellung bei Joecks, § 24 Rn 14 ff.).

Nach der Einzelaktstheorie liegt ein Fehlschlag bereits dann vor, wenn der Täter ein Handlung vorgenommen hat, die er als ausreichend für die Erfolgsherbeiführung erachtet hatte, und erkennt, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen wird (Jakobs, AT, Abschn. 26 Rn 15 ff.). Einen "mehraktigen" Versuch gibt es nach dieser Auffassung also grundsätzlich gar nicht, sondern nur mehrere einaktige. Nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Tatplantheorie war ein mehraktiger Versuch dann fehlgeschlagen, wenn der Täter alle zuvor geplanten Tathandlungen vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen werden (BGHSt 14, 175; 23, 359). Da die Tatplantheorie jedoch bei Spontantaten, bei denen der Täter vor Tatbeginn keinen detaillierten Tatplan formuliert hat, versagt und die Einzelaktstheorie dem Täter sehr früh (über die Annahme eines Fehlschlags) die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts abschneidet, vertritt der BGH ebenso wie die herrschende Lehre mittlerweile die Lehre vom Rücktrittshorizont (BGHSt 31, 170; BGH, StV 2003, 217; RA 2007, 91 = NStZ 2007, 91; RA 2007, 268 = NStZ 2007, 399; Fischer, § 24 Rn 11 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 17a; Otto, JURA 1992, 426). Nach dieser ist ein Fehlschlag bei einem mehraktigen Versuch erst dann gegeben, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung glaubt, die Vollendung der Tat

mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht bewirken zu können.

Dieser Auffassung folgt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung und beschäftigt sich deshalb vor allem mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen mehrere Angriffe des Täters auf dasselbe Rechtsgut (hier das Leben des Zeugen) zu einem mehraktigen Versuch zusammengefasst werden können und wann sie noch mehrere selbstständige Versuche darstellen. Er betont hierbei wie in der Vergangenheit auch schon (vgl. BGH, RA 2007, 268 = NSTZ 2007, 399), dass ein mehraktiger Versuch dann vorliegt, wenn mehrere Einzelakte des Täters in einem derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, dass das gesamte Handeln auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint. Deshalb stellten auch nicht nur die Schüsse, die der Angeklagte auf den Zeugen vor dessen Flucht abgegeben habe, einen einheitlichen Versuch dar, sondern u.U. auch noch der Schuss nach der Rückkehr des Zeugen, sodass ein Rücktritt des Angeklagten durch das Wegwerfen der Pistole das gesamte vorherige Geschehen erfassen könnte.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Rücktritt vom mehraktigen Versuch: *BGHSt* 33, 295; 35, 90; *BGH*, *NStZ* 2002, 427; 2004, 333; *RA* 2007, 85 = *NStZ* 2007, 91; *RA* 2007, 268 = *NStZ* 2007, 399; *Beckemper*, *JA* 2003, 203; *Pahlke*, *GA* 1995, 72; *Schroth*, *GA* 1997, 151

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Argentina"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt hinsichtlich des ersten Tatabschnitts dann ausgeschlossen, wenn dieser als ein bereits fehlgeschlagener Versuch zu erachten ist. Von einem solchen, auch durch spätere Handlungen nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuch ist - bei aktivem Tun - jedoch nur dann auszugehen, wenn der Täter nach dem Misslingen des vorgestellten Tatablaus zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitliegenden Mitteln vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen.

2. Ein mehraktiges Geschehen, das auf die Tötung eines Menschen gerichtet ist, stellt dann einen - insb. bzgl. eines Rücktritts einheitlich zu behandelnden - mehraktigen Versuch dar, wenn die durch einen fortbestehenden Tötungsvorsatz verbundenen Einzelakte in einem derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang ste-

hen, dass das gesamte Handeln des Angeklagten in diesen Handlungsabschnitten auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint.

Sachverhalt:

Spätestens während der Fahrt durch ein Waldgebiet fasste der Angeklagte den Entschluss, den im Range Rover neben ihm sitzenden Zeugen B zu töten, "wobei seine Motivlage nicht geklärt werden konnte." Der Angeklagte hielt den Range Rover gegen 11:30 Uhr unter einem Vorwand auf dem Randstreifen der Landstraße an und verließ das Fahrzeug. Unbemerkt von B, der im Range Rover wartete, kehrte der Angeklagte zu dem Fahrzeug zurück, öffnete die Fahrertür und schoss mit seiner Pistole vom Typ Beretta auf B, um diesen unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit zu töten. Das Projektil durchdrang die Muskulatur des Geschädigten oberhalb des linken Schlüsselbeins. B verließ den Range Rover und rannte im Zick Zack auf die Straße und von dort aus in den Wald. Die weiteren drei Schüsse, die der Angeklagte auf den fliehenden B abgab, verfehlten diesen. "Er geriet aus dem Blickfeld des Angeklagten, der dem Zeugen nicht in den Wald folgte, sondern bei seinem Fahrzeug verblieb und sein Tötungsvorhaben als gescheitert ansah."

Der Angeklagte wendete den Range Rover und verblieb am Tatort. Als B "nach einiger Zeit" aus dem Wald herauskam und versuchte, den Fahrer eines etwa 40 m vor dem Range Rover haltenden BMW zu veranlassen, ihn mitzunehmen, beugte sich der Angeklagte aus seinem Fahrzeug heraus und schoss erneut auf B, ohne diesen zu treffen. Der Angeklagte folgte B, der wegzulaufen versuchte, mit dem Range Rover. Als er diesen erreicht hatte, hielt er sein Fahrzeug an und rief B zu: "Was hab ich getan, was hab ich getan, steig ein." B forderte den Angeklagten auf, die Waffe wegzuzwerfen, was dieser tat, stieg in den Range Rover ein und bat den Angeklagten, ihn ins Krankenhaus zu fahren.

Während der Fahrt auf der Landstraße telefonierte B mit seinem Bruder. Der Angeklagte entschloss sich, B zu töten, weil er befürchtete, dieser werde seinem Bruder den wirklichen Tathergang schildern. Er beschleunigte den Range Rover auf etwa 100 km/h und lenkte ihn "kurz nach 11:51" Uhr gezielt nach rechts mit der rechten Vorderfront gegen einen am Randstreifen stehenden Baum. B überlebte den Unfall.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit unerlaubtem Besitz einer Schuss-

waffe sowie wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ferner hat es ihm die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist von vier Jahren für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis festgesetzt.

[2 - 5] Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

2. Entscheidung des BGH - Zum fehlgeschlagenen Versuch bei mehraktigem Geschehen

[6] Nach Auffassung des Landgerichts hat der Angeklagte den fünften Schuss auf B aufgrund eines neuen Tatenschlusses abgeben und hat danach freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgegeben. Der strafbefreiende Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erstrecke sich aber nicht auf den vorangegangenen Mordversuch, weil der Angeklagte diesen als fehlgeschlagen angesehen habe. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[7] Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt hinsichtlich des ersten Tatabschnitts allerdings dann ausgeschlossen, wenn dieser als ein bereits fehlgeschlagener Versuch zu erachten ist (vgl. BGHSt 34, 53, 55; 41, 368, 369; 44, 91, 94). Von einem solchen, auch durch spätere Handlungen nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuch ist - bei aktivem Tun - jedoch nur dann auszugehen, wenn der Täter nach dem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitliegenden Mitteln vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen (BGHSt 41, 368, 369 m.w.N.). Zwar hat der Angeklagte nach den bisherigen Feststellungen sein Vorhaben, den B zu töten, nach dessen Flucht in den Wald als gescheitert angesehen. Diese Feststellung findet aber in der Beweiswürdigung des Landgerichts keine Grundlage. Vielmehr lässt die - entgegen der Auffassung der Revision - rechtsfehlerfrei festgestellte objektive Sachlage, die insoweit von Bedeutung ist, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters gestattet (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 7), nicht ohne Weiteres den Schluss zu, der Angeklagte habe den Mordversuch nach Abgabe des vierten Schusses als gescheitert angesehen. Nach den bisherigen Feststellungen hatte der Angeklagte auch nach Abgabe des vierten Schusses objektiv weiterhin die Möglichkeit, die Tat ohne zeitliche Zäsur mit dem bereits eingesetzten Mittel zu vollenden. In seiner funktionstüchtigen Pistole befanden

sich noch zwei Patronen, so dass er das Tatopfer hätte verfolgen können, um in eine günstigere Schussposition zu gelangen. Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte hierzu - etwa aus physischen Gründen - nicht in der Lage gewesen wäre, enthält das Urteil nicht.

[8] Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der Angeklagte nach dem vierten Schuss die ihm möglich erscheinende weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben hat und dass er sowohl von dem Mordversuch als auch von dem dann rechtlich selbständigen nachfolgenden weiteren Tötungsversuch strafbefreiend zurückgetreten ist. Nach den bisherigen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen kommt aber, worauf die Revision zutreffend hingewiesen hat, auch in Betracht, dass der Angeklagte von der Verfolgung Bs deshalb absah, weil er mit dessen alsbaldiger Rückkehr zur Straße rechnete und die Tat dann vollenden wollte. Insoweit hätte der Prüfung bedurft, ob die dann durch einen fortbestehenden Tötungsvorsatz verbundenen Einzelakte bis zum Wegwerfen der Pistole in einem derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, dass das gesamte Handeln des Angeklagten in diesen Handlungsabschnitten auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint (vgl. BGH NStZ 2005, 263; 2007, 399).

[9] Die Sache bedarf daher insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung.

3. Zur Strafbarkeit durch das Fahren gegen den Baum

[10] Soweit der Angeklagte im dritten Handlungsabschnitt des Tatgeschehens versucht hat, B zu töten, indem er mit dem Range Rover mit hoher Geschwindigkeit gezielt mit der Beifahrerseite des Fahrzeugs gegen einen Straßenbaum fuhr, ist der Schuldspruch wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr zwar für sich genommen im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Der Senat hebt das Urteil aber gleichwohl auch insoweit auf, um dem neuen Tatrichter Gelegenheit zu geben, zu den Motiven des Angeklagten - und damit auch zu den in Betracht kommenden Mordmerkmalen - widerspruchsfreie Feststellungen zu treffen. Die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen in diesem Handlungsabschnitt können jedoch bestehen bleiben. Die ihnen zu Grunde liegende Beweiswürdigung ist entgegen der Auffassung der Revision rechtlich nicht zu beanstanden; insbesondere weist sie auch keine Lücken auf.

4. Hinweise des BGH

[11] Die Ausführungen im Rahmen der rechtlichen Würdigung geben Anlass auf Folgendes hinzuweisen:

a) Zum Führen einer Waffe i.S.v. § 52 I Nr. 1 WaffG

[12] Wer die tatsächliche Gewalt über eine Waffe au-

Berhalb der eigenen Wohnung, Geschäftsräume oder des eigenen befriedeten Besitztums ausübt, führt eine Waffe (Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 WaffG Abschnitt 2 Nr. 4). Der gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG strafbare unerlaubte Besitz und das nach dieser Vorschrift strafbare unerlaubte Führen einer Waffe stehen in Tateinheit (vgl. BGH NStZ 2001, 101).

b) Zur Begehung einer Körperverletzung "mittels" eines gefährlichen Werkzeugs bei Verwendung von Kraftfahrzeugen

[13] Soweit das Landgericht neben einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1

Nr. 5 StGB auch die Tatbestandsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bejaht und das eingesetzte Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug angesehen hat, wird vorsorglich auf die Entscheidung des Senats vom 16. Januar 2007 - 4 StR 524/06 [= RA 2007, 207] (BGHR StGB § 224 Abs. 1 Nr. 2 i.d.F. des 6. StrRG Werkzeug 3) hingewiesen.

c) Zum Gefährdungsobjekt i.S.v. § 315b StGB

[14] Die Gefährdung des vom Täter geführten, ihm aber nicht gehörenden Fahrzeugs scheidet aus dem Schutzbereich des § 315 b StGB aus (vgl. BGHSt 27, 40; Fischer StGB 55. Aufl. § 315 c Rdn. 15 b m.w.N.).

Standort: § 222 StGB

Problem: Verantwortung für Gebäudeeinsturz

BGH, URTEIL VOM 13.11.2008
4 StR 252/08 (NJW 2009, 240)

Problemdarstellung:

Im Rahmen der Renovierung einer Schule hatte der angeklagte Bauunternehmer T insbesondere die Stahlbau- und Betonschneidearbeiten übernommen, wozu auch die Entfernung einer tragenden Wand gehörte. Die entsprechenden Betonschneidearbeiten übertrug T einer Subunternehmerin, für die der Angeklagte W als Niederlassungsleiter und der Angeklagte C als Arbeiter vor Ort tätig waren. Die vor Durchführung der Betonschneidearbeiten erforderlichen Versteifungen waren jedoch Teil der Stahlbauarbeiten, die nicht in die Zuständigkeit der Subunternehmerin fielen. Da die Verwendung der vom Statiker vorgesehenen Anzahl an Stützen ein Arbeiten mit den vorhandenen Werkzeugen unmöglich gemacht hätten, ordnete T - ohne Rücksprache mit einem Statiker zu halten - an, dass nur ca. ein Drittel der ursprünglich vorgesehenen Stützen und außerdem Stützen mit einer geringeren Traglast verwendet werden sollten. Als C einen Teil der Wand entfernte, brach der gesamte Südostflügel des Gebäudes ein, wobei fünf Arbeiter getötet und fünf weitere verletzt wurden.

Das Landgericht Schwerin verurteilte T wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, und fahrlässiger Körperverletzung, § 229 StGB. W und C sprach es von den entsprechenden Vorwürfen frei. Die hiergegen gerichtete Revision eines Nebenklägers (des Vaters eines der Opfer) wies der BGH als unbegründet zurück und bestätigte die Freisprüche von W und C.

Prüfungsrelevanz:

Fahrlässigkeitsdelikte sind sehr häufig Gegenstand von Examensaufgaben, wenn auch selten deren alleiniger Schwerpunkt. Neben den klassischen Zurechnungsproblemen sind hierbei häufig auch - wie im vorliegenden Fall - Probleme im Rahmen der Sorg-

faltspflichtverletzung zu lösen.

Zentraler Punkt eines jeden Fahrlässigkeitstatbestandes ist die Feststellung einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung des Täters bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs. Eine Sorgfaltspflichtverletzung setzt selbstverständlich voraus, dass den Täter selbst überhaupt eine Sorgfaltspflicht trifft, da er ansonsten keine entsprechende Pflicht verletzen kann.

Sind mehrere Personen arbeitsteilig mit einer Aufgabe betraut, so bestimmt sich das Maß der Sorgfalt jedes Beteiligten nach seinem jeweiligen Verantwortungsbereich, d.h. jeder muss die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Aufgaben sorgfaltsgerecht durchführen und darf dann darauf vertrauen, dass sich die anderen Beteiligten in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich auch sorgfaltsgerecht verhalten (sog. Vertrauensgrundsatz; BGH, StV 1988, 251; Fischer, § 222 Rn 10; Lackner/Kühl, § 15 Rn 40; Wilhelm, JURA 1985, 183). Ihm kann also kein Sorgfaltspflichtverstoß deshalb vorgeworfen werden, weil er das sorgfaltsgerechte Verhalten der anderen Beteiligten nicht noch einmal überprüft hat.

Weil der Grund für den Einsturz des Gebäudes allein in der mangelhaften Versteifung der abzureißenden Wand lag und diese ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich des T fiel hatte das LG Schwerin auch nur eine Strafbarkeit des T angenommen und W und C freigesprochen, da diese bzgl. dieses Teils der Abbrucharbeiten gar keine Sorgfaltspflicht treffe, die sie verletzen könnten. Der BGH betont jedoch, dass die alleinige Zuständigkeit des T für die Versteifungen nicht zwingend bedeutet, dass W und C insofern gar keine Sorgfaltspflichten treffen können. Da diese für die ordnungsgemäße Entfernung der Wand zuständig waren, mussten sie auch sicherstellen, dass die hierfür erforderlichen Versteifungen ausreichend waren. Gegen diese Pflicht haben W und C jedoch nach Auffassung des BGH nicht verstoßen, da sie vor Durchfüh-

zung der Betonschneidarbeiten den T aufgefordert hatten, für eine ausreichende Versteifung zu sorgen und - auch ohne zusätzliche Nachfrage beim zuständigen Statiker - darauf vertrauen durften, dass dieser dies in ordnungsgemäßer Weise getan hatte.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Fahrlässigkeit wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, insb. beim Betrieb einer Baustelle: *BGH*, NJW 2002, 1265; 2004, 1449; NStZ 2002, 421; RA 2006, 434 = NStZ-RR 2006, 75; *OLG Hamm*, NZV 2001, 472; VersR 2003, 335; *OLG Stuttgart*, NJW 2005, 2567; *Duttge*, NStZ 2006, 266; *Foerste*, NJW 2005, 3182; *Freund*, NStZ 2002, 424

□ Zum Vertrauensgrundsatz bei Arbeitsteilung: *BGH*, NStZ 1983, 263; StV 1988, 251; *Ranft*, JZ 1987, 863; *Ulsenheimer*, MedR 1992, 132; *Wilhelm*, JURA 1985, 183

Leitsatz:

Zur Abgrenzung der Verantwortlichkeiten für einen Gebäudeeinsturz bei arbeitsteiliger Erledigung der Bauleistungen durch verschiedene Gewerke.

Sachverhalt:

Das angefochtene Urteil betrifft ein Bauunglück, bei dem fünf auf dem Bau tätige Arbeiter zu Tode kamen und fünf weitere Personen, darunter der Angeklagte C, verletzt wurden, drei davon schwer. [...]

Gegenstand des von der Stadt G. als Bauherrin betriebenen Bauvorhabens war die Sanierung einer städtischen Schule, wobei unter anderem im Erdgeschoss des Südostflügels auf der Fläche der bisher getrennten Räume R 123 und R 124 ein größerer Musikraum entstehen sollte. Dazu war der Abbruch der tragenden, 7,22 m langen und 3 m hohen Querwand zwischen den beiden Räumen sowie der Einbau einer Stahlkonstruktion geplant.

Den nach öffentlicher Ausschreibung erteilten Zuschlag für die Bauhauptleistungen erhielt als Unternehmer im Sinne der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern der vom Landgericht in diesem Verfahren nach Verwerfung seiner Revision durch den Senat inzwischen rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilte frühere Mitangeklagte T, der als Bauunternehmer eine Einzelfirma betrieb. Zum Leistungsumfang gehörten gemäß dem dem Vertrag zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnis unter anderem auch die Stahlbauarbeiten und Betonschneidarbeiten. Die Stahlbauarbeiten umfassten danach unter anderem für die so genannte Montageunterstützung "das Vorhalten, den Einbau und die Beseitigung von 300 Drehsteifen für den Einbau der Stahlträger zur Abfangung der Geschosdecken". Zu den Betonschneidarbeiten gehörten nach dem Leistungsverzeichnis auch das ab-

schnittweise Abbrechen einer Wand aus bewehrtem Beton. Die Durchführung dieser Betonschneidarbeiten einschließlich des Abbruchs und der Entsorgung der tragenden Wand übertrug T im Rahmen eines Subunternehmervertrags auf die Firma H Betonbohr- und Sägetechnik, für die als Niederlassungsleiter der Angeklagte W und als deren Arbeiter der Angeklagte C vor Ort an der Baustelle tätig waren. Zum Leistungsumfang der Firma H zählten danach aber nicht die notwendigen Abstiefsarbeiten; diese waren nach dem Leistungsverzeichnis vielmehr ausdrücklich im Titel "Stahlbauarbeiten" enthalten.

Nach der vom Bauplanungsbüro L im Auftrag der Stadt G. erstellten statischen Berechnung für den Umbau war eine Grundabsteifung mit insgesamt 336 Stützen - davon 98 Stützen im Erdgeschoss bei einem Stützenabstand von 0,15 m - mit einer zulässigen Tragfähigkeit von jeweils 20 kN vorgesehen. Der Angeklagte C informierte seinen Vorgesetzten, den Angeklagten W, dass der vorgesehene Stützenabstand von 0,15 m ein Arbeiten mit der für die Betonschneidarbeiten verwendeten Wandsäge unmöglich mache. Nachdem der Angeklagte W vergeblich versucht hatte, daraufhin T zu erreichen und auf das Problem anzusprechen, wandte sich der Angeklagte C auf Bitten des Angeklagten W an T, der darauf erwiderte, er werde bei dem Statiker nachfragen und klären, wie vorgegangen werden könne. Tatsächlich fragte T bei dem Statiker aber nicht nach. Auf eine gelegentliche Nachfrage des Bauleiters G äußerte sich T jedoch dahin, dass die Hinzuziehung eines Statikers nicht erforderlich sei, da er mit den Festlegungen der Statik "klarkomme", es sei alles gut beschrieben.

T ließ am 04. und 05.08.2004 zwei seiner Arbeiter die Grundabsteifung durch Aufstellen der vor Ort vorhandenen Drehsteifen in der Weise vornehmen, dass im Erdgeschoss an Stelle der in der statischen Berechnung vorgesehenen 98 Stützen beidseitig der tragenden Wand nur 29 Drehsteifen aufgestellt wurden, von denen auch nur eine einzige eine Tragfähigkeit in der vorgesehenen Größenordnung von 20 kN hatte, während die Tragfähigkeit der übrigen Steifen geringer war und überwiegend bei lediglich 16,5 kN lag. Insgesamt wurden von den in allen Geschossen laut statischer Berechnung vorgesehenen 336 Steifen in dem Gebäudeteil lediglich 98 Steifen aufgestellt. Die Abstützung der Decke in den zurückgebauten Abschnitten nahmen die Mitarbeiter von T durch drei oder vier Drehsteifen an Stelle der vom Statiker geforderten Kantholzsteifen 20/20 und durch ein 2,40 m langes Kantholz 15/25 an Stelle eines Stahlunterzugs vor.

Vom 06. bis zum 12.08.2004 erledigte der Angeklagte C den Rückbau der Abschnitte I, II und III der Wand. Am Morgen des 13.08.2004 teilte er T mit, dass er noch an diesem Tage mit dem Herausschneiden des Teilstücks Abschnitt IV beginnen werde. Dabei sah T,

dass der Abschnitt III noch "abgesteift" werden musste, und wies seine Arbeiter an, dies zu erledigen, was unter Mithilfe des Angeklagten C geschah. Erst danach nahm der Angeklagte C den Abbruch des ca. 1,20 m breiten Abschnitts IV vor. Als er von der verbliebenen Wandverbindung ca. 30 cm abgestemmt hatte, hörte er erste Knackgeräusche. Unmittelbar danach kam es zum Einsturz des gesamten Mittelteils des Südostflügels des Schulgebäudes mit den bereits erwähnten schwerwiegenden Folgen. Als Ursachen für den Einsturz hat das sachverständig beratene LG in erster Linie die zu geringe Anzahl der Steifen, die unterlassene Verwendung der für die Absteifung vorgegebenen Kantholzsteifen 20/20 und deren Ersatz durch Drehsteifen mit zu geringer Traglast festgestellt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des LG

[1 - 8] Das Landgericht hat die Angeklagten W und C vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen freigesprochen. Hiergegen wandte sich der Nebenkläger K, Vater des bei dem verfahrensgegenständlichen Bauunglück vom 13.08.2004 ums Leben gekommenen U, mit seinen auf die Sachrüge gestützten Revisionen. Die Rechtsmittel blieben ohne Erfolg. [...]

II. Entscheidung des BGH

[9] Die Revisionen des Nebenklägers, mit denen er die Freisprüche der Angeklagten W und C angreift, bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Rechtliche Würdigung des LG

[10] Das Landgericht hat nicht übersehen, dass der Angeklagte C bei den durch seine Anstellungsfirma durchgeführten Betonschneidearbeiten durch das Herausstemmen des letzten Wandabschnitts den Einsturz des Gebäudes ausgelöst hat. Es hat jedoch eine Garantstellung des Angeklagten W, die dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit für die aus der Bauausführung entstehenden Gefahren begründen könnte, verneint und gemeint, dass der Angeklagte C ebenfalls für den Einsturz nicht verantwortlich sei.

[11] Hinsichtlich des Angeklagten W hat das Landgericht die Ansicht vertreten, eine Pflicht, die Absteifung zu überprüfen, habe für ihn weder nach dem Subunternehmervertrag bestanden, nach dem die notwendigen Absteifungen gerade nicht in den Aufgabenbereich Betonschneidearbeiten fielen, noch habe sie sich aus gesetzlichen Vorschriften ergeben. Die Überwachungspflicht nach den berufsgenossenschaftlichen Unfallverhütungsvorschriften richte sich nur an die Personen, denen die Bauleitung obliege. Zu diesem Personenkreis zähle - anders als T - der Angeklagte W

nicht. Ihm habe auch nicht die Erstellung einer Abbruchanweisung obliegen. Denn es habe sich - wie der Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator M als Zeuge bestätigt habe - um vergleichsweise einfache und begrenzte Arbeiten gehandelt, von denen bei ordnungsgemäßer Absteifung keine weiteren sicherheitstechnisch bedenklichen Auswirkungen zu erwarten gewesen seien. Eine Koordinierungspflicht - so das LG - habe die Firma H nur insoweit getroffen, als die Betonschneidearbeiten nur nach entsprechender Absteifung hätten vorgenommen werden dürfen. Dieser Verpflichtung sei der Angeklagte W aber dadurch nachgekommen, dass entsprechend seiner Anweisung der Angeklagte C die Arbeiter des T jeweils aufgefordert habe, die Absteifungen vor den weiteren Betonschneidearbeiten vorzunehmen.

[12] Hinsichtlich des Angeklagten C hat das Landgericht ausgeführt, der Angeklagte habe nicht erkannt und auch nicht erkennen müssen, dass die Absteifung gegenüber der statischen Berechnung unzureichend war. Ihn habe auch keine Verpflichtung getroffen nachzuprüfen, ob die Erfordernisse der Statik hinreichend beachtet worden seien. Ebenso sei ihm nicht vorzuwerfen, dass er nicht realisiert habe, dass vor dem Abbruch des Abschnitts IV ein Unterzug aus Stahl hätte eingebaut werden müssen.

2. Zu den Freisprüchen der Angeklagten W und C

[13] Diese Begründung der Freisprüche der Angeklagten W und C vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung ist nicht frei von rechtlichen Bedenken. Gleichwohl haben die Freisprüche im Ergebnis Bestand.

a) Zum Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht der Angeklagten W und C

[14] Zu Unrecht hat das Landgericht eine Verantwortlichkeit dieser Angeklagten für das Einsturzeschehen schon aus Rechtsgründen verneint.

aa) Zu den Voraussetzungen für das Entstehen einer Verkehrssicherungspflicht

[15] Zur Pflichtenstellung der Angeklagten W und C geht der Senat von Folgendem aus:

[16] Nach anerkannten Rechtsgrundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen (st. Rspr.; BGHZ 103, 338 [340] = NJW 1988, 2667; BGH, BGHR BGB § 823 Abs. 1 Verkehrssicherungspflicht 18). Diese Sicherungspflicht wird indes nicht bereits durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst; da eine absolute Sicherung gegen Gefahren und Schäden nicht erreichbar ist und auch die berechtigten Verkehrserwartungen nicht auf einen solchen absoluten Schutz ausgerichtet sind, beschränkt sich die Verkehrssicherungspflicht auf das Ergreifen

solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Haftungsbegründend wirkt demgemäß die Nichtabwendung einer Gefahr erst dann, wenn sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können (st. Rspr.; vgl. BGH, BGHR BGB § 823 Abs. 1 Verkehrssicherungspflicht 31). Diese in der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind maßgebend auch für die Bestimmung der strafrechtlichen Anforderungen an die im Einzelfall gebotene Sorgfaltspflicht. Ausgangspunkt dafür ist jeweils das Maß der Gefahr mit der Folge, dass die Sorgfaltsanforderungen umso höher sind, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität sind (zur Abhängigkeit zwischen dem Maß der Gefahr und der Sorgfaltspflicht BGHSt 37, 184 [187] = NJW 1991, 501; BGHSt 47, 224 [230f.] = NJW 2002, 1887 = NStZ 2002, 421; Landau, wistra 1999, 47 [49]).

bb) Verantwortlichkeit des T schließt Verkehrssicherungspflicht der Firma H nicht aus

[17] Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Strafkammer ihre Prüfung verkürzt, indem sie letztlich dem früheren Mitangeklagten T die alleinige Verantwortung zugewiesen hat. Richtig ist, dass in erster Linie T die Verantwortung für die Bauausführung trug und deshalb auch strafrechtlich für die Sicherung der von dem Abbruch der tragenden Wand im Erdgeschoss ausgehenden Gefahren haftete (vgl. BGHSt 19, 286 [288] = NJW 1964, 1283). Dieser Pflichtenstellung des T im Verhältnis zu den Angeklagten W und C entsprach auch die Aufgabenverteilung nach dem von T mit der Firma H geschlossenen Subunternehmervertrag und dem diesem Vertrag zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnis, demzufolge die Durchführung der Sicherung des Wandabbruchs durch die Absteifung in den Aufgabenbereich von T als Bauunternehmer fiel. Dieser Umstand entließ indes die Firma H und damit auch deren an dem Bau tätigen Mitarbeiter, die Angeklagten W und C, nicht von vornherein aus der Haftung. Denn die Firma H war zuständig für den Abbruch und deshalb verpflichtet, Dritte vor den durch den Abbruch drohenden Gefahren zu schützen und die hierzu erforderlichen Vorkehrungen zu treffen (BGH, VersR 1966, 165 [166] = BeckRS 1965, 30381449). Diese Pflicht bestand grundsätzlich nicht nur gegenüber Außenstehenden, etwa befugten Besuchern der Baustelle, sondern auch gegenüber den an dem Bau tätigen Arbeitnehmern, die hier durch den Einsturz zu Schaden gekommen sind (vgl. BGH, NJW 1971, 752 [753]; OLG Naumburg, NStZ-RR 1996, 229; Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 823 Rdnr. 191

m. Nachw.).

cc) Eigene Verkehrssicherungspflicht von W und C als Arbeitnehmer der Firma H

[18] blieb aber danach neben T die Firma H - wenn auch sekundär - verkehrssicherungspflichtig, so traf dies grundsätzlich auch für ihre Arbeitnehmer, die Angeklagten W und C zu, soweit diese - wie hier - den gefahrenträchtigen Abbruch der tragenden Wand zumindest weitgehend in eigener Verantwortung durchführten (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 2000, 752 m.w. Nachw.; anders u.U. für unselbstständige weisungsgebundene Arbeitnehmer, BGH, BB 1954, 273; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1309; Palandt/Sprau, § 823 Rdnr. 49, 191). Denn nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sind mehrere Personen (oder Firmen), die an einer gefahrenträchtigen Baumaßnahme beteiligt sind, untereinander verpflichtet, sich in zumutbarer Weise gegenseitig zu informieren und abzustimmen, um vermeidbare Risiken für Dritte auszuschalten. Insbesondere dann, wenn erkennbar Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, die vor Beginn der eigentlichen gefahrenträchtigen Handlung durchgeführt werden müssen, muss sich der für die Gefahrenquelle Verantwortliche im Rahmen des ihm Zumutbaren vergewissern, dass der für die notwendige Sicherung Verantwortliche seine Aufgabe erfüllt hat, und darf nicht blindlings darauf vertrauen, dass dies auch zutrifft. Im vorliegenden Fall ergab sich dieses Zusammenwirken von Abbruchaufgabe (Firma H) und Sicherungsaufgabe (Bauunternehmen T) schon kraft Natur der Sache. Dabei waren die Sorgfaltspflichten nicht etwa auf die jeweils vertraglich geschuldeten Leistungen beschränkt, wovon das LG ersichtlich ausgegangen ist. Denn für die Begründung von Sorgfaltspflichten genügt regelmäßig bereits die tatsächliche Übernahme eines entsprechenden Pflichtenkreises (vgl. BGHSt 47, 224 [229] = NJW 2002, 1887 = NStZ 2002, 421; Kühl, NJW 2008, 1899 [Anm. zu BGHSt 52, 159 = NJW 2008, 1897 = NStZ 2008, 391]; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 222 Rdnr. 12). Das war hier für die Firma H schon deshalb der Fall, weil die besondere Gefahrenquelle eben in dem Abbruch der tragenden Wand lag.

b) Zum pflichtgemäßen Verhalten von W und C

[19] Ihrer hiernach bestehenden - sekundären - Sicherungspflicht sind die Angeklagten W und C jedoch hinreichend nachgekommen.

[20] Nachdem der Angeklagte C auf Veranlassung des Angeklagten W den Bauunternehmer T darauf hingewiesen hatte, dass bezüglich der ursprünglich in der Statik vorgesehenen Stabilisierung der Decken durch die seitlichen Stützen eine Veränderung vorgenommen werden müsse, um die Wandsäge einsetzen zu können, hatte T zugesagt, dies zu veranlassen und sich mit dem

Statiker in Verbindung zu setzen. Auch wenn die Verringerung der Anzahl der Stützen gegenüber der ursprünglichen Planung erheblich war, erforderte die -sekundäre - Verkehrssicherungspflicht der Angeklagten nicht eine nochmalige Nachfrage, ob der Statiker die Änderungen auch tatsächlich gebilligt habe. Dies wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn die mangelnde Eignung der angebrachten Abstützung und die dadurch bedingte besondere Gefahrenlage für die Angeklagten offensichtlich gewesen wäre. Gerade das hat das Landgericht aber nicht festgestellt. Vielmehr hat es in Übereinstimmung mit dem Bausachverständigen angenommen, dass ungeachtet der gegenüber der statischen Berechnung deutlich vergrößerten Stützenabstände jedenfalls für die Angeklagten nicht ohne Weiteres erkennbar war, dass die Absteifung unzureichend war. Dem entspricht, dass weder der Bauleiter G noch der Sicherheitskoordinator M auf die Einhaltung der ursprünglich vorgesehenen Stützenabstände gedrungen hatten, obwohl der Bauleiter in einer Besprechung auf der Baustelle noch am Tag vor dem Unglück, an der T teilnahm, die Abstützung der Decke erörtert hatte. Dass die Angeklagten W und C besondere Fachkenntnisse besaßen, die sie befähigt hätten, die Mangelhaftigkeit der von T vorgegebenen Abstützung zu erkennen, hat das LG nicht festgestellt und ergibt sich

auch nicht allein auf Grund ihrer Erfahrungen auf dem Gebiet von Abbrucharbeiten. Auch mussten sie nicht von einer besonderen Unzuverlässigkeit oder Risikobereitschaft des T ausgehen (zur Beschränkung der Sorgfaltspflichten durch den Vertrauensgrundsatz bei horizontaler Aufteilung einzelner Verantwortungsbereiche im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsvorgangs vgl. BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 [1780] [zum Zusammenwirken mehrerer Ärzte bei einer Operation]; Fischer, § 222 Rdnrn. 10, 14 m.w. Nachw.). Dass die Angeklagten sich vielmehr ihrer Verantwortung für die Sicherheit des Bauwerks bewusst waren, wird daran deutlich, dass der Angeklagte C noch am Morgen des Unfalltags gegenüber T den Abbruch des Teilstücks IV der Wand ankündigte und mit der Fortsetzung seiner Tätigkeit aus Sicherheitsgründen zuwartete, bis der Unterzug hinsichtlich des Teilstücks III angebracht war. Unter diesen Umständen erübrigte sich für die Angeklagten W und C, bei T noch einmal ausdrücklich nachzufragen, ob statischerseits Bedenken gegen die Fortsetzung der Abbrucharbeiten bestehen. Fällt mithin den Angeklagten W und C ein strafrechtlich relevantes Versäumnis nicht zur Last, hat es bei den Freisprüchen des angefochtenen Urteils sein Bewenden.

Standort: § 263 StGB

Problem: Kontoeröffnungsbetrug

BGH, BESCHLUSS VOM 18.11.2008

4 STR 485/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten durch Täuschung (über ihre Identität bzw. ihre Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit) bei verschiedenen Banken Konten eröffnet und sich auch die dazugehörigen ec- und Scheckkarten erschlichen. Später hatten sie dann unter Verwendung von ec-Karten und Schecks ihre Konten belastet, wobei der Großteil der Abbuchungen allerdings mangels Deckung wieder zurückgebucht wurde.

Das Landgericht Saarbrücken hatte bereits in der Eröffnung der Konten einen Betrug, § 263 I StGB, gesehen und die Angeklagten entsprechend verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil im Revisionsverfahren auf, da die Feststellungen des LG eine Strafbarkeit wegen Betrugs nicht belegten.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Betruges gehört zu den beliebtesten Tatbeständen im Examen - zumindest bei den Prüfern. Um der komplizierten Struktur des Deliktes und der großen Zahl an Einzelproblemen gerecht zu werden, sind hier umfassende Detailkenntnisse unerlässlich.

Da der vorliegende Beschluss frühere BGH-Entscheidungen revidiert oder zumindest präzisiert, dürfte er eine erhebliche Examensrelevanz besitzen.

Eine Strafbarkeit wegen Betruges, § 263 I StGB, setzt insbesondere voraus, dass der Täter das Opfer durch eine Täuschung zu einer Vermögensverfügung veranlasst und diese zu einem Vermögensschaden führt. Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellman, BT II, Rn 385). Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wird (BGH, NStZ 1998, 506; Lackner/Kühl, § 263 Rn 36; Wesels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Nach herrschender Meinung kann auch bereits eine konkrete Vermögensgefährdung für eine Verfügung und einen Schaden genügen (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung"; BGH, NStZ 2004, 264; Fischer, § 263 Rn 95 f.; Rengier, BT I, § 13 Rn 83; a.A.: Otto, JURA 1991, 494). Bei der Eröffnung eines Kontos durch Täuschung über Identität oder Liquidität des Kontoinhabers hatte die Rechtsprechung in der Vergangenheit häufig einen vollendeten Betrug bereits im Zeitpunkt der Kontoeröffnung angenommen, ohne dass es hier-

für weitere Handlungen des Täters - etwa Abhebungen oder Einreichungen von Schecks - bedurft hätte (BGHSt 33, 244, 246; BGH, NJW 2002, 905, 907). Eine Vollendung sei insofern spätestens mit Aushändigung von ec-Karte und Schecks eingetreten, wobei der Schaden in der konkreten Gefährdung des Vermögens der Bank bestünde, die durch die Möglichkeit des Bankkunden, ec-Karte und Schecks zu missbrauchen, entstehe.

Allerdings hat sich seit diesen früheren Entscheidungen des BGH eine wichtige Änderung der Rechtslage vollzogen: Seit dem 01.01.2002 geben Banken keine Zahlungsgarantien für Schecks mehr aus. Die alten sog. "Euroschecks" mit garantierter Zahlung gibt es heute nicht mehr (vgl. Baier ZRP 2001, 454). Auch werden ec-Karten heute häufig im POZ-System (dem sog. "Lastschriftverfahren") eingesetzt, in dem die Bank ebenfalls - anders als im POS-System (dem "ec-cash"-Verfahren) - keine Zahlungsgarantie übernimmt. Deshalb ist es nach Auffassung des BGH heute wegen der fehlenden Zahlungsgarantien der kontoführenden Bank nicht mehr selbstverständlich, dass bereits die Ausgabe von ec-Karte und Schecks zu einer konkreten Gefährdung des Vermögens der Bank führe, sodass auch ein vollendeter Betrug nur durch die Kontoeröffnung in der Regel ausscheide. Warum die Möglichkeit des Bankkunden, die ihm ausgehändigte ec-Karte im POS-System zu benutzen, in dem sehr wohl eine Zahlungsgarantie der kontoführenden Bank besteht, nicht für eine konkrete Gefährdung des Vermögens der Bank (und damit für eine Vollendung des Betrugs durch die Kontoeröffnung) ausreicht, erklärt der BGH jedoch nicht.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Betrug durch Eröffnung eines Kontos: BGHSt 33, 244; BGH, RA 2002, 246 = NJW 2002, 905; Beschluss vom 11.12.2008, Az.: 5 StR 536/08 (in diesem Heft);

Kursprogramm:

□ *Examenskurs:* "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar ein vollendeter Betrug schon dann vorliegen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank ein Konto eröffnet und ihm - antragsgemäß - eine EC-Karte (Eurocheque-Karte) und Schecks ausgehändigt werden. Jedoch betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen die Kartenzahlung oder die Einlö-

sung des Schecks von der Bank garantiert wurde oder eine Rückgabe der Lastschrift nicht möglich war.

2. Der garantierte Scheckverkehr wurde in seiner gebräuchlichen Form jedoch zum 31. Dezember 2001 aufgegeben. Seitdem werden ec-Karten (electronic-cash-Karten) im Rahmen unterschiedlicher Zahlungssysteme eingesetzt, überwiegend im sog. POZ-System, also im elektronischen Lastschriftverfahren, oder im POS-System, bei dem es unmittelbar zu einer Abbuchung kommt. Vor allem im POZ-System übernimmt die kartenausgebende Bank jedoch anders als im POS-System regelmäßig keine Garantie für die Zahlung; ein etwaiger Schaden durch die Kartenbenutzung tritt in diesen Fällen daher nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein. Deshalb ist es auch nicht selbstverständlich, dass durch die Ausgabe der ec-Karte an den Täuschenden bereits ein Vermögensschaden (im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung) bei der Bank eintritt.

Sachverhalt:

Die gesondert verfolgten K und/oder C eröffneten zwischen November 2006 und Februar 2007 bei der Bank C. M. in Frankreich, der Deutschen Kreditbank und der VR-Bank Konten, um mit den ihnen überlassenen EC- und Scheckkarten "Verwertungsbetrugshandlungen" zu begehen. Die durch den Einsatz der EC-Karten und Schecks herbeigeführten Kontobelastungen bei der C. M. von mehr als 30.000 € und bei der VR-Bank wurden jedoch wegen fehlender Deckung zurückgebucht, bei der Deutschen Kreditbank kam es durch Barabhebungen und Einkäufe mittels der EC-Karte zu einem Schaden von über 7.500 €.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

[1-2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in fünf Fällen und versuchten Betruges in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

2. Entscheidung des BGH - Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Strafbarkeit wegen Betrugs

[3] Diese Feststellungen tragen die Verurteilung wegen "Kontoeröffnungsbetrugs" zum Nachteil der Banken nicht.

[4] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar ein vollendeter Betrug schon dann vorlie-

gen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank ein Konto eröffnet und ihm - antragsgemäß - eine EC-Karte (Eurocheque-Karte) und Schecks ausgehändigt werden (vgl. BGHSt 47, 160, 167 m.w.N.). Jedoch betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen die Kartenzahlung oder die Einlösung des Schecks von der Bank garantiert wurde oder eine Rückgabe der Lastschrift nicht möglich war (BGH aaO S. 164 f.). Der garantierte Scheckverkehr wurde in seiner gebräuchlichen Form jedoch zum 31. Dezember 2001 aufgegeben (Radtke in MünchKommStGB § 266 b Rdn. 8; Baier ZRP 2001, 454). Seitdem werden ec-Karten (electronic-cash-Karten) im Rahmen unterschiedlicher Zahlungssysteme eingesetzt, überwiegend im sog. POZ-System, also im elektronischen Lastschriftverfahren, oder im POS-System, bei dem es unmittelbar zu einer Abbuchung kommt (vgl. Radtke aaO § 266 b Rdn. 9, 11; Cramer in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 263 Rdn. 29 a, 30). Vor allem im POZ-System übernimmt die kartenausgebende Bank jedoch anders als im POS-System regelmäßig keine Garantie für die Zahlung; ein etwaiger Schaden durch die Kartenbenutzung tritt in diesen Fällen daher nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein (BGHSt 47, 160, 171; Fischer StGB 55. Aufl. § 263 Rdn. 34 a, § 266 b Rdn. 6 a, 9).

[5] Auf welchem Weg in den von der Strafkammer abgeurteilten Fällen die Kontobelastungen bei Zahlungen mittels der ec-Karten erfolgen sollten und erfolgten, hat das Landgericht jedoch ebenso wenig festgestellt wie bei der Belastung des Kontos bei der C. M. mittels der Schecks oder bei der Deutschen Kreditbank durch Barabhebungen. Auch wird nicht mitgeteilt, ob es zu diesen Kontobelastungen etwa infolge eines durch Täuschung erlangten Überziehungskredits oder eines (bei Kontoeröffnung) vorhandenen Guthabens kommen konnte. Dessen bedurfte es jedoch, um überprüfen zu können, ob - wie die Strafkammer annimmt - bereits mit der Kontoeröffnung oder der Überlassung der EC-Karten und Schecks die Bank eine Vermögensverfügung vorgenommen hat und bei ihr schon damit eine schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten ist (vgl. BGHSt 47, 160, 171).

3. Aufhebung und Zurückverweisung

[6] Die deshalb gebotene Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten in den Fällen B. 1. bis 3. zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich.

[7] Für die neue Verhandlung weist der Senat bezüglich der Frage, ob bei einem Betrug zum Nachteil der C. M. deutsches Strafrecht anzuwenden ist, auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in der Antragschrift vom 13. Oktober 2008 hin.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Versammlungsverbot; § 130 IV StGB**

BVERWG, URTEIL VOM 25.06.2008
6 C 21.07 (BAYVBL 2009, 50)

Problemdarstellung:

Gegenstand des vorliegenden Urteils des BVerwG ist das Verbot einer Gedenkfeier zu Ehren von Rudolf Hess, dem Stellvertreter Adolf Hitlers, an dessen Grab in Wunsiedel (Bayern). Gedenkfeiern dieser Art und ihre Verbote haben hohe Wellen geschlagen, u.a. den unmittelbaren Anlass zur Verschärfung des Volksverhetzungsparagrafen im StGB (Ergänzung des § 130 StGB um einen neuen Absatz 4) gegeben und zu dem Erlass eines neuen, eigenen Versammlungsgesetzes in Bayern geführt. Das BVerwG hatte nunmehr Gelegenheit, zur Rechtmäßigkeit des (seinerzeit noch auf § 15 I VersG des Bundes gestützten) Versammlungsverbots Stellung zu nehmen, das wegen eines zu befürchtenden Verstoßes gegen § 130 IV StGB ergangen war:

A. Das Gericht prüft zunächst die Verfassungsmäßigkeit des § 130 IV StGB. Nur wirksame Gesetze können als Bestandteil der "öffentlichen Sicherheit" i.S.d. § 15 I VersG Anwendung finden. § 130 IV StGB war an diversen Grundrechten, insbesondere an der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG, zu messen. Besonders interessant sind die Ausführungen zu deren Schranken: Das BVerwG meint, es handele sich um ein "allgemeines Gesetz" i.S.d. Art. 5 II GG, obwohl § 130 IV StGB sich spezifisch gegen rechtsgerichtete Meinungen richtet. Insgesamt hält das BVerwG die Norm für wirksam.

B. Sodann wird die Anwendung des § 130 IV StGB auf den konkreten Fall geprüft. Diese Ausführungen sind nicht zuletzt auch aus strafrechtlicher Sicht interessant, weil sie sich mit dem Tatbestand der Volksverhetzung intensiv auseinander setzen.

Prüfungsrelevanz:

Dass die Entscheidung große Aufmerksamkeit erlangt hat, wurde bereits oben erwähnt. Das Verfahren zieht sich einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes bereits seit Jahren hin. In dieser Zeit hat es immer wieder Examensklausuren zum Verbot rechtsgerichteter Versammlungen gegeben. Man kann sagen, dass hier ein echter Examensklassiker entstanden ist. Solche Verbote wurden in der Vergangenheit nicht selten auf die "öffentliche Ordnung" gestützt, eine Praxis, die in

der verwaltungsrechtlichen Fachgerichtsbarkeit teilweise gebilligt wurde (namentlich vor allem vom OVG NRW), die das BVerfG jedoch stets abgelehnt hat (vgl. hierzu die Vertiefungshinweise, ferner auch die vorliegende Falllösung). Dieses Problem besteht nicht, wenn ein Verstoß gegen § 130 IV StGB droht, denn dieser ist als geschriebenes Recht Bestandteil der öffentlichen Sicherheit. Die Ausweitung des Straftatbestandes führt so mittelbar auch zu erweiterten Verbotsmöglichkeiten gegen rechtsgerichtete Versammlungen.

Vertiefungshinweise:

Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz in dieser Sache: *VG Bayreuth*, MMR 2005, 791; *VGH München*, BayVBl 2005, 755; *BVerfG*, NJW 2005, 3204

Urteil der Vorinstanz: *VGH München*, BayVBl 2008, 109

Verfassungsmäßigkeit von § 130 IV StGB: *Bertram*, NJW 2005, 1476; *Enders/Lange*, JZ 2006, 105; *Poscher*, NJW 2005, 1316; *Scheidler*, BayVBl 2008, 100

Versammlungsverbot wegen Verstoßes gegen die "öffentliche Ordnung": *BVerfG*, RA 2006, 387 = BayVBl 2006, 348; RA 2004, 613 = NJW 2004, 1618; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Zur Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten: *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777

Kursprogramm:

Examenskurs: "Waffen-SS"

Examenskurs: "XYZ"

Leitsätze:

1. § 130 IV StGB ist ein die Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) in verfassungsmäßiger Weise einschränkendes "allgemeines Gesetz" im Sinne von Art. 5 II Alt. 1 GG.

2. Eine Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft im Sinne von § 130 IV StGB ist auch anzunehmen, wenn durch positive Hervorhebung eines Verantwortungsträgers des Regimes (hier: "Stellvertreter des Führers" Rudolf Hess) für ein unvoreingenommenes und verständi-

ges Publikum klar erkennbar die Herrschaft des Nationalsozialismus als solche gutgeheißen wird.

Sachverhalt:

Der Kläger (Kl.) meldete eine Veranstaltung unter freiem Himmel in dem bayerischen Ort Wunsiedel (W.) für den 20. August 2005 mit dem Thema "Gedenken an Rudolf Hess" an. Die Veranstaltung sollte aus einem "Trauermarsch" voraussichtlich mehrerer hundert Personen zum Grab des Rudolf Hess in W. und einer Kundgebung bestehen. Mit Bescheid vom 29. Juni 2005 verbot das zuständige Landratsamt W. formell ordnungsgemäß und unter Anordnung der sofortigen Vollziehung diese Veranstaltung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt: Im Fall der Durchführung der Veranstaltung bestehe die konkrete Gefahr der Verwirklichung von Straftaten im Sinne von § 130 IV StGB. Es sei die Annahme gerechtfertigt, dass eine Verherrlichung oder Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erfolgen werde, weil eben dies bei früheren Veranstaltungen des Kl. in W. auch geschehen sei. Hess sei anlässlich dieser als "Märtyrer" bezeichnet worden, dem "seine Ehre mehr gegolten habe als seine Freiheit". Die Verurteilung des Rudolf Hess im Rahmen der Nürnberger Prozesse sei als "das größte Unrecht in der niedergeschriebenen Geschichte der Menschheit" dargestellt worden usw. Der Kl. sei von diesen Behauptungen niemals abgerückt, habe sie in der Folgezeit vielmehr bekräftigt.

Der Kl. suchte zunächst erfolglos um vorläufigen Rechtsschutz nach. Nachdem das Veranstaltungsdatum verstrichen war, erhob er Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag festzustellen, dass das Verbot vom 29. Juni 2005 rechtswidrig war. Er meint, schon § 130 IV StGB selbst sei verfassungswidrig, denn die Vorschrift verstoße gegen die Meinungs- und Weltanschauungsfreiheit, den Gleichheitsgrundsatz und sei zudem ein Einzelfallgesetz, weil sie gerade aus Anlass von Veranstaltungen zum Gedenken an Rudolf Hess in W. in das StGB aufgenommen worden sei. Ferner könne man sich unter den Tatbestandsmerkmalen überhaupt nichts vorstellen, die Norm sei daher zu unbestimmt.

Jedenfalls bei ihrer Anwendung hätte seine Meinungsfreiheit aber dergestalt wertend berücksichtigt werden müssen, dass ein Verbot nicht in Betracht komme.

Unterstellt, dass alle tatsächlichen Behauptungen der Parteien zutreffen: Ist die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage des Kl. begründet?

[Anm.: § 130 StGB - Volksverhetzung
[...] (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die

Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.]

Lösung:

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit das Versammlungsverbot vom 29.6.05 rechtswidrig war und den Kl. in seinen Rechten verletzte, §§ 113 I 1, 4 VwGO. Rechtmäßig wäre das Verbot, wenn es auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhte und diese in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendet worden wäre. Es wäre mithin rechtswidrig, wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlte.

A. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 15 I VersG in Betracht. Danach kann die zuständige Behörde die Versammlung verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist.

[Anm.: Das Bundesland Bayern, in dem Wunsiedel liegt, verfügt seit dem 1.10.2008 über ein eigenes Versammlungsgesetz, das dem VersG des Bundes gem. Art. 125a I 2 GG vorgeht, nachdem der Bund im Rahmen der Föderalismusreform seine (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht aus Art. 74 I Nr. 3 GG a.F. verloren hat. Dieses enthält in Art. 15 I BayVersG eine eigene Ermächtigungsgrundlage, speziell bei Verstößen wie dem hier vorliegenden in Art. 15 II Nr. 2 BayVersG sogar eine solche, die - anders als § 130 IV StGB - auf eine tatsächlich eingetretene Störung des öffentlichen Friedens verzichtet. Da es sich hier um ein Verbot vom 29.6.05 handelt, ist das mehr als drei Jahre später in Kraft getretene BayVersG jedoch nicht anwendbar. Weitere Bundesländer wollen i.Ü. auch eigene Versammlungsgesetze erlassen, die dann ebenfalls das VersG des Bundes verdrängen. Zum BayVersG siehe Scheidler, BayVBl 2009, 33).]

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Verbot ist formell ordnungsgemäß ergangen.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

I. Tatbestand

1. Versammlung

Zunächst müsste es sich bei der vom Kl. geplanten

Veranstaltung um eine Versammlung i.S.d. § 15 I VersG handeln. Darunter ist eine Personenmehrheit zu verstehen, die sich zum Zwecke öffentlicher Meinungskundgabe zusammenfindet (vgl. zum Versammlungsbegriff z.B. BVerwGE 129, 42 m.w.N.).

Hinsichtlich der notwendigen Anzahl an Teilnehmern sind einige hundert Personen offensichtlich ausreichend. Unzweifelhaft sind die Rolle des Rudolf Hess in der deutschen Geschichte, seine Behandlung im Rahmen der Nürnberger Prozesse und seine langjährige Haft nach dem Krieg bis heute Gegenstand öffentlich-politischer Auseinandersetzung. Eine Versammlung liegt somit vor.

[Anm.: Das BVerwG stellte dies in der Originalentscheidung in einem knappen Ergebnissatz fest: "Dass die angemeldete Veranstaltung eine Versammlung im Sinne von Art. 8 I GG und damit des § 1 I VersG gewesen wäre, ist nicht zweifelhaft."]

2. Öffentlich und unter freiem Himmel

Aus systematischen Gründen, namentlich seiner Stellung im III. Abschnitt des VersG, ist § 15 I VersG nur auf öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel anwendbar (vgl. die Überschrift über § 14 VersG).

Öffentlich ist eine Versammlung, zu der potenziell jedermann Zutritt hat. Hier ist nichts dafür ersichtlich, dass es sich bei dem vom Kl. geplanten Aufmarsch um eine reine Partei- oder Vereinsveranstaltung gehandelt hätte. Vielmehr hätte sich jedermann an dem Aufmarsch beteiligen können. Dieser sollte auch unter freiem Himmel stattfinden.

3. Unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Fraglich ist, ob die Versammlung eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dargestellt hätte. Das BVerwG führt aus:

"[13] Mit Blick auf die grundlegende Bedeutung der verfassungsrechtlich verbürgten Versammlungsfreiheit kommt ein Verbot im Sinne von § 15 Abs. 1 VersG im Wesentlichen nur zur Abwehr von Gefahren für elementare Rechtsgüter in Betracht, deren Schutz regelmäßig in der positiven Rechtsordnung und damit im Rahmen der öffentlichen Sicherheit verwirklicht wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [349]; BVerfGK 1, 320 [323]). Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen. Dabei kann in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen werden, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht (vgl. BVerfGE 69, 315, 352).

[14] Der Begriff der „unmittelbaren Gefahr“ in § 15 I VersG stellt besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts und damit auch strengere

Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad in dem Sinne, dass ein zum Eingriff berechtigender Sachverhalt (erst) vorliegt, wenn der Eintritt eines Schadens mit hoher Wahrscheinlichkeit, d.h. "fast mit Gewissheit" zu erwarten ist (vgl. BVerwG, Buchholz 402.44 VersG Nr. 6 S. 12 m.w.N.)."

a. Verfassungsmäßigkeit des § 130 IV StGB

Hier könnte ein Verstoß gegen § 130 IV StGB zu befürchten gewesen sein. Das StGB, somit auch § 130 IV StGB, gehört zum geschriebenen Recht und damit zu einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im o.g. Sinne. Dies allerdings nur, sofern die Norm nicht ihrerseits verfassungswidrig ist. Verfassungswidrige Normen sind unwirksam und somit nicht Bestandteil des (geschriebenen) Rechts. Fraglich ist also, ob § 130 IV StGB verfassungsgemäß ist.

[Anm.: Selbstverständlich muss die nun folgende Inzidentprüfung der Wirksamkeit der Norm nicht bei jeder Norm vorgenommen werden, schon gar nicht in dieser Ausführlichkeit. Eine solche Prüfung ist vielmehr nur erforderlich, wenn der Sachverhalt konkrete Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der Norm bietet und/oder dies - wie hier - von einem Beteiligten gerügt wird.]

aa. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 72 i.V.m. 74 I Nr. 1 GG. Für Verfahrens- oder Formverstöße bei der Gesetzgebung ist nichts ersichtlich.

bb. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht rügt der Kl. einen Verstoß gegen Grundrechte, namentlich gegen die Meinungs- und Weltanschauungsfreiheit sowie den Gleichheitsgrundsatz. Zudem hält er die Norm für ein unzulässiges Einzelfallgesetz, das nicht hinreichend bestimmt sei. Fraglich ist, ob diese Ansichten zutreffen.

(1). Verstoß gegen Art. 5 I 1 GG - Meinungsfreiheit

Eine Verletzung der Meinungsfreiheit läge vor, wenn die Norm in nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich des Grundrechts eingriffe.

(a). Schutzbereich betroffen

"[18] Zu Meinungen im Sinne des Art. 5 I 1 GG gehören Werturteile, also wertende Betrachtungen von Tatsachen, Verhaltensweisen oder Verhältnissen. Solche Werturteile unterfallen dem Gewährleistungsbereich des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, irrational oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (BVerfGE 90, 241 [247] m.w.N.). Durch § 130 IV StGB werden Werturteile

mit Strafe bedacht (“billigen”, “verherrlichen” und “rechtfertigen”), die Meinungsäußerungen im Sinne von Art. 5 I 1 GG darstellen.

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist auch insoweit betroffen, als sich die Strafbestimmung auf Meinungsäußerungen bezieht, die in einer Versammlung getätigt werden. Auch wenn die Äußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolgt, ist die Verfassungsmäßigkeit ihrer Beschränkung an Art. 5 GG und nicht an Art. 8 GG zu messen (vgl. BVerfGE 111, 147 [154 f.]; BVerfGK 2, 1 [5]; 8, 195 [200]).”

(b). Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Sowohl die Strafandrohung als auch das staatliche Unwerturteil über die in § 130 IV StGB genannten Wertungen stellt eine solche dar.

(c). Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

(aa). Schranken

Zur Schrankentrias des Art. 5 II GG gehören u.a. die “allgemeinen Gesetze”. Bei § 130 IV StGB könnte es sich um ein solches handeln.

(aaa). Definition des “allgemeinen” Gesetzes

“[20] Die einen Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit rechtfertigenden allgemeinen Gesetze sind alle Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 93, 266 [291]; 97, 125 [146]; 113, 63 [78]). Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt sein kann.“

(bbb). Subsumtion

“Das ist bei § 130 IV StGB der Fall. Die Bestimmung verfolgt zum einen den Schutz des Rechtsguts “öffentlicher Friede”, was in dem Tatbestandsmerkmal “Störung des öffentlichen Friedens” seinen Ausdruck findet. Darauf, dass der öffentliche Friede geschütztes Rechtsgut ist, wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich hingewiesen (vgl. BT-Drucks 15/5051 S. 5). Der Begriff “öffentlicher Friede” bezeichnet einen (objektiven) Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und das (subjektive) Bewusstsein der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben.

§ 130 IV StGB beschränkt sich indes nicht auf den Schutz des Rechtsguts “öffentlicher Friede”. Die Bestimmung verfolgt darüber hinaus den Schutz der

Menschenwürde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft. Auch dieses Schutzgut wird im Tatbestand der Bestimmung ausdrücklich genannt. Unter Verletzung der “Würde” der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ist eine Verletzung der Menschenwürde zu verstehen. Darauf wurde insbesondere in der Begründung des im Innenausschuss des Deutschen Bundestages im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gestellten Änderungsantrags, auf den § 130 IV StGB zurückgeht, mehrfach hingewiesen (vgl. BT-Innenausschuss, A-Drs. 15 [4] 191 S. 5 f.).

[21] Der “öffentliche Friede” wird in der Rechtsordnung nicht nur vor Meinungsäußerungen bewahrt, sondern auch vor anderen Angriffshandlungen (vgl. z.B. §§ 126 und 166 StGB). Dies gilt für die Menschenwürde gleichermaßen. Art. 1 I GG schützt die Menschenwürde als obersten Verfassungswert des Grundgesetzes und dessen tragendes Konstitutionsprinzip vor Eingriffen jeglicher Art. Mithin ist § 130 IV StGB ein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 II Alt. 1 GG, obwohl die Bestimmung gegen bestimmte Meinungsinhalte gerichtet ist.”

[Anm.: Eine Literaturmeinung (Enders/Lange, JZ 2006, 105, 106) bestreitet dies. Ein allgemeines Gesetz dürfe nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sein, sondern müsse den Schutz eines schlechthin vorrangigen Rechtsguts anstreben. Sobald eine bestimmte Meinung sanktioniert werde, sei das Gesetz folglich nicht mehr allgemein, möge es auch den Schutz schlechthin vorrangiger Rechtsgüter im Auge haben. Folgt man dieser Ansicht, stellte sich die weitere - wohl zu bejahende - Frage, ob sich § 130 IV StGB nicht unter die Schranke des “Rechts der persönlichen Ehre” subsumieren lässt, denn Ehrschutzbestimmungen müssen nach Art. 5 II GG gerade nicht “allgemein” sein. § 130 IV GG geht es auch um Ansehen und Ehre der Opfer des Nationalsozialismus. Es gibt in der Literatur aber auch Stimmen, die § 130 IV StGB i.E. ebenso wie das BVerwG als “allgemeines” Gesetz einstufen (z.B. Poscher, NJW 2005, 1316, 1317 f.), sodass diese Ansicht als herrschend bezeichnet werden kann.]

(bb). Schranken-Schranken

Auch allgemeine Gesetze müssen mit der übrigen Verfassungsordnung in Einklang stehen, insbesondere die Anforderungen beachten, welche die Art. 19 und 20 GG an den Gesetzgeber stellen.

(aaa). Kein Einzelfallgesetz

Verboten sind nach Art. 19 I 1 GG zunächst sog. Einzelfallgesetze. Der Kl. rügt, bei § 130 IV StGB handle es sich um ein solches. Das sieht das BVerwG anders: “[27] § 130 IV StGB ist kein nach Art. 19 Abs. 1 Satz

1 GG verbotenes Einzelfallgesetz.

[28] Ein Einzelfallgesetz in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn die Bestimmung nach der Art der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet ist, unbestimmt viele Fälle zu regeln (vgl. BVerfGE 99, 367 [400]). Das ist hier nicht zweifelhaft. Zwar war der Anlass der Einführung des § 130 IV StGB im Wesentlichen, dass durch ihn das versammlungsrechtliche Verbot der Veranstaltung zum Gedenken an Rudolf Hess in W. erleichtert werden sollte (vgl. z.B. BT-Drucks 15/5051 S. 6). Darauf beschränkt sich jedoch der Anwendungsbereich der Bestimmung nicht.”

[Anm.: Es handelt sich bei § 130 IV StGB also um ein sog. "Anlassgesetz". Gesetze dürfen durchaus aus konkretem Anlass erlassen werden, wenn ihr Regelungsbereich nur abstrakt-generell ist, d.h. potenziell eine Vielzahl von Fällen und Personen erfasst.]

(bbb). Wechselwirkungslehre

“[22] Der Gesetzgeber muss auch dann, wenn er von der Ermächtigung des Art. 5 II GG Gebrauch macht, das eingeschränkte Grundrecht im Auge behalten und übermäßige Einengungen der Meinungsfreiheit vermeiden. Einschränkungen des für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung unverzichtbaren Rechts der freien Meinungsäußerung bedürfen einer Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Interessen Dritter. Das gilt für kritische Meinungsäußerungen zu gesellschaftlichen oder politischen Fragen in besonderem Maße (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. März 2003 1 BvR 426/02 BVerfGE 107, 275 [281] m.w.N.). Diesen Erfordernissen trägt § 130 IV StGB ausreichend Rechnung.

[23] Soweit geschütztes Rechtsgut die Menschenwürde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ist, dient die Bestimmung der Bewahrung des obersten Verfassungswertes vor Angriffen. Die Menschenwürde setzt der Meinungsfreiheit eine absolute Grenze. Bei dem von § 130 IV StGB außerdem geschützten öffentlichen Frieden handelt es sich um einen gewichtigen Gemeinwohlbelang, der ebenfalls geeignet ist, der Meinungsfreiheit Schranken zu setzen. § 130 IV StGB lässt es zu, bei seiner Auslegung sowohl dem besonderen Rang der Meinungsfreiheit als auch dem Gewicht der geschützten Rechtsgüter hinreichend Rechnung zu tragen. Die Norm enthält offen formulierte Tatbestandsmerkmale, bei deren Auslegung die Meinungsfreiheit in besonderer Weise berücksichtigt werden kann. Werden diese Vorgaben bei der Auslegung hinreichend gewahrt und wird fehlerfrei angenommen, dass die Voraussetzungen der Bestimmung erfüllt sind, liegt schon deshalb keine Verletzung der Meinungsfreiheit vor, weil der Straftatbestand die Verletzung der Menschenwürde der

Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft voraussetzt und die Menschenwürde im Verhältnis zur Meinungsfreiheit nicht abwägungsfähig ist (vgl. BVerfG, NJW 2003, 660 [662]).”

Somit ist der Eingriff in die Meinungsfreiheit gerechtfertigt. Art. 5 I 1 GG ist nicht verletzt.

(2). Verstoß gegen Art. 4 I 3. Fall GG - Weltanschauungsfreiheit

Sieht man - wie vom BVerfG oben ausführlich dargelegt - in der Menschenwürde ein Schutzgut des § 130 IV StGB, setzt sich dieses - weil nach Art. 1 I 1 GG “unantastbar” auch gegen die schrankenlose Weltanschauungsfreiheit durch. Das BVerfG handelt diese daher relativ knapp ab:

“[24] Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Recht angenommen, dass § 130 IV StGB nicht, wie vom Kläger geltend gemacht, die von Art. 4 I GG gewährleistete Weltanschauungsfreiheit verletzt. Es ist bereits fraglich, ob der Nationalsozialismus als Weltanschauung im Sinne von Art. 4 I GG bewertet werden kann und ob daher anzunehmen ist, dass § 130 IV StGB in das Grundrecht auf Weltanschauungsfreiheit eingreift, indem er die Propagierung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft verbietet. Selbst wenn beide Fragen zu bejahen sein sollten, wäre der Eingriff jedenfalls gerechtfertigt, weil sich das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel des Schutzes der Menschenwürde der Opfer auch gegenüber dem vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht aus Art. 4 GG durchsetzen würde (BVerfGE 82, 76 [82 f.]).”

[Anm.: Auch in einer Prüfungsaufgabe kann nur dringend empfohlen werden, Ausführungen zur Frage, ob der Nationalsozialismus eine durch Art. 4 I GG geschützte Weltanschauung ist, zu vermeiden. Es dürfte daher jedenfalls in diesem Fall angezeigt sein, einen Eingriff in den Schutzbereich offen zu lassen und eine Verletzung des Grundrechts unter dem Hinweis, dass ein solcher jedenfalls gerechtfertigt wäre, abzulehnen. Dadurch werden erstens politische Gesinnungsaufsätze vermieden, und zweitens ist man mit dem BVerfG in guter Gesellschaft.]

(3). Verstoß gegen Art. 3 I GG - Gleichheit

Nach Art. 3 I GG darf Gleiches nicht willkürlich ungleich und Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden. Das BVerfG sieht in der von § 130 IV StGB vorgenommenen Differenzierung zwischen der (sanktionierten) positiven und (nicht sanktionierten) negativen Bewertung des Nationalsozialismus vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte zumindest keine willkürliche Differenzierung:

“[26] Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) liegt nicht vor. Angesichts der in

mehrfacher Hinsicht jede historische Dimension sprengenden, von Deutschen im Namen des deutschen Volkes begangenen Menschenrechtsverletzungen durch die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft ist es auch mit Blick auf das Gebot des Art. 3 I GG, Sachverhalte von gleicher Art und gleichem Gewicht gleich zu behandeln, nicht zu beanstanden, dass sich § 130 IV StGB auf die positive Bewertung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft beschränkt.”

[Anm.: Auf die “neue Formel” des BVerfG, wonach zumindest Ungleichbehandlungen von hoher Belastungsintensität über die Willkürkontrolle hinaus auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müssen, geht das BVerwG nicht ein. Unerklärt bleibt, ob es in § 130 IV StGB keine hohe Belastung sieht oder die Norm so offensichtlich für verhältnismäßig hält, dass dies keiner Begründung bedarf.]

(4). Verstoß gegen Art. 103 II GG - Strafe ohne (bestimmtes) Gesetz

“[30] Das in Art. 103 II GG enthaltene Gebot der Gesetzesbestimmtheit verlangt, dass strafrechtliche Normen klar das Verbotene vom Erlaubten abgrenzen. Die Tatbestandsmerkmale sind so konkret zu beschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestandes zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Generalisierende oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe sind im Strafrecht jedenfalls dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Norm mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser Rechtsprechung hinreichende Bestimmtheit gewinnt (st.Rspr., vgl. z.B. BVerfGE 25, 269 [285]; 96, 68 [97 f.] m.w.N.).”

[Anm.: Für Strafnormen verdrängt also dieser spezielle, Art. 103 II GG immanente Bestimmtheitsgrundsatz den allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz.]

“Daran gemessen ist § 130 IV StGB nicht zu beanstanden. Die Merkmale “billigen” und “verherrlichen” finden sich bereits in anderen Bestimmungen (§ 130 III, § 131 I und § 140 Nr. 2 StGB), haben dort eine Konkretisierung erfahren und sind überdies mit Blick auf ihren Wortsinn hinreichend bestimmbar. Der Inhalt des Tatbestandsmerkmals “rechtfertigen” ist unschwer durch Auslegung zu ermitteln. Das Merkmal “nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft” wird auch in § 194 StGB verwendet. Es ist insbesondere mit Blick auf den Wortsinn sowie Sinn und Zweck ausreichend konkretisierbar. Genauso liegt

es hinsichtlich des Merkmals “öffentlicher Friede”, das sich auch in anderen Bestimmungen findet (z.B. §§ 126, 130 Abs. 1 und Abs. 3, § 140 Nr. 2 und § 166 StGB) und durch die Rechtsprechung hinreichend ausgefüllt ist. Mit dem Merkmal “Würde” ist - wie aufgezeigt - die Menschenwürde gemeint. Dieser Begriff ist durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert. Das Tatbestandsmerkmal “Opfer” ist ebenfalls in einer dem Art. 103 II GG genügenden Weise zu erschließen.”

Weitere Verfassungsverstöße sind nicht ersichtlich. § 130 IV StGB gehört damit als verfassungsgemäße, wirksame Norm zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit.

b. Verstoß

Zu prüfen bleibt, ob es durch die vom Kl. geplante Versammlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu Volksverhetzungen i.S.d. § 130 IV StGB gekommen wäre, also der öffentliche Frieden in einer die Würde der Opfer des Nationalsozialismus verletzenden Weise dadurch gestört worden wäre, dass die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt worden wäre. Das BVerwG bejaht i.E. eine solche Wahrscheinlichkeit, indem es die Vorkommnisse in der Vergangenheit zum Fundament seiner Prognose macht. Dabei werden die damaligen Äußerungen gedeutet und gewürdigt:

aa. Nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht oder gerechtfertigt

(1). Prognoseentscheidung

“[34] Die Versammlungsbehörde hat zu Recht angenommen, dass bei Durchführung der Versammlung die unmittelbare Gefahr der Verletzung des § 130 IV StGB bestanden hätte, weil damit zu rechnen gewesen wäre, dass Versammlungsteilnehmer den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stören würden, dass sie die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigten. [...] Dies folgt [...] aus Äußerungen im Zusammenhang mit der streitigen Versammlung und mit entsprechenden Veranstaltungen, die in den Vorjahren jeweils anlässlich des Todestages von Rudolf Hess in W. stattgefunden hatten. [...]

[41] Die Person Rudolf Hess wäre in besonderer Weise positiv bewertet worden. Eine solche Beurteilung kommt bereits in dem Veranstaltungsthema “Gedenken an Rudolf Hess” zum Ausdruck. Der Begriff “Gedenken” meint in diesem Zusammenhang offensichtlich, dass man sich Rudolf Hess anerkennend erinnern werde (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., S. 648 Stichwort “Gedenken”). Eine positive

Bewertung lag auch in dem Motto der Versammlung „Rudolf Hess: Seine Ehre galt ihm mehr als die Freiheit“. Unter „Ehre“ ist die Achtung gegenüber einer Person zu verstehen, die sich in Gestalt der Selbstachtung auch auf das eigene Handeln und die eigene Einstellung bezieht (vgl. Brockhaus-Enzyklopädie, 21. Aufl., Bd. 7, S. 504, Stichwort „Ehre“). Indem zum Ausdruck gebracht wird, dass für Rudolf Hess die Selbstachtung wichtiger als seine Freiheit gewesen sei, wird er als unbeugsam und nur seinen Überzeugungen verpflichtet charakterisiert. Rudolf Hess wurde auch auf Transparenten, die von dem Kläger unbestritten anlässlich früherer Versammlungen in W., die der streitigen Veranstaltung entsprachen, mitgeführt wurden, in besonderer Weise positiv dargestellt. Dabei wurde er unter anderem als „Märtyrer“ bezeichnet, der „für den Frieden eingekerkert“ war und der „uns und der Welt ein Beispiel unbeugsamer Treue bis in den Tod“ gab. Diese Zuschreibungen verweisen darauf, dass Rudolf Hess im Mai 1941 einen Flug nach Großbritannien unternommen hat, um dort Friedensgespräche zwischen dem Deutschen Reich und Großbritannien vorzubereiten oder durchzuführen, sowie auf seine nachfolgende Haft bis zu seinem Tode im Jahr 1987. Mit ihnen wird Hess als integre Person mit Vorbildfunktion dargestellt. Er wird glorifiziert und mythologisiert.

Eine besondere Dimension erfährt die positive Charakterisierung der Person Rudolf Hess auch dadurch, dass ihr im Rahmen der Menschheitsgeschichte eine hervorgehobene Rolle zugewiesen wird. So wird in einem Aufruf zu der der streitigen Versammlung entsprechenden Veranstaltung des Vorjahres dargelegt: „Jedem aufrechten Deutschen muss bewusst sein, dass an diesem Mann das größte Unrecht in der niedergeschriebenen Geschichte der Menschheit begangen wurde!“. Damit wird Bezug genommen auf die Verurteilung von Rudolf Hess in dem Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess im Jahr 1946 zu lebenslanger Haft, die Bedingungen dieser Haft und seine angebliche „Ermordung“ durch den britischen Geheimdienst. Der Senat kann diese Aussage, die einer weiteren Steigerung nicht mehr zugänglich ist, verwerten, weil der Aufruf sich in den vom Verwaltungsgerichtshof zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemachten Verwaltungsvorgängen befindet.

[42] Eine zusätzliche Verstärkung hätte die positive Bewertung der Person Rudolf Hess durch die Wahl des Veranstaltungsortes und den geplanten Ablauf der Veranstaltung erfahren. Die Versammlung sollte wie in den Vorjahren an dem Ort der Begräbnisstätte von Rudolf Hess als Gedenkveranstaltung „mit Trauermarsch“ durchgeführt werden. Durch die rituelle Prozession in Gestalt eines jährlich abgehaltenen „Trauermarsches“ am Begräbnisort wären der durch Glorifizierung und Mythologisierung bewirkten besonderen

Hervorhebung der positiven Leitfigur Rudolf Hess überdies gleichsam kultische oder religiöse Züge verliehen worden.“

(2). Wechselwirkungslehre

Die bereits oben zur Wirksamkeit des § 130 IV StGB beschriebene Wechselwirkung zwischen der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG einerseits und dem sie einschränkenden Gesetz andererseits ist allerdings auch auf Normanwendungsebene zu beachten. Selbst wenn die Norm an sich also im Lichte des Art. 5 I 1 GG Bestand hat, kann es immer noch sein, dass bei ihrer Anwendung auf den konkreten Fall nicht hinreichend Rücksicht auf die freie Meinungsäußerung genommen wurde. Dies erkennt auch das BVerwG, sieht aber i.E. auch auf Anwendungsebene keinen Verstoß gegen die Wechselwirkungslehre:

„[35] Der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit gebietet, dass allgemeine Gesetze aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen (st.Rspr. seit BVerfGE 7, 198 [208 f.]). Auf der Ebene der Normauslegung erfordert Art. 5 I 1 GG eine im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des betreffenden Gesetzes vorzunehmende Abwägung zwischen der Bedeutung einerseits der Meinungsfreiheit und andererseits des Rechtsguts, in dessen Interesse sie eingeschränkt worden ist (vgl. BVerfG, a.a.O. 292).

Der Schutz des betroffenen Rechtsguts kann und muss umso mehr zurücktreten, wenn es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1982 1 BvR 1376/79 BVerfGE 61, 1 [11]). Deshalb ist bei der gebotenen Abwägung im Rahmen der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 130 IV StGB auch einzustellen, dass die Meinungsäußerungen, die Gegenstand der Strafbestimmung sind, die nationalsozialistische Vergangenheit Deutschlands bewerten und damit eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage betreffen. Für eine strikte Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 130 IV StGB spricht auch, dass die plurale Demokratie des Grundgesetzes auf die Fähigkeit der Bürger vertraut, auch Aufforderungen abzuwehren, grundlegenden Vorgaben der Verfassung wie der Abwehr nationalsozialistischer Bestrebungen die Anerkennung zu versagen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. September 2003 1 BvQ 32/03 BVerfGK 2, 1 [5 f.]). Die Versammlungsbehörde hat die vorstehenden Grundsätze bei dem Inhalt, den sie den hier in Rede stehenden Tatbestandsmerkmalen der Strafbestimmung beigemessen hat, ausreichend berücksich-

tigt.”

bb. Würde der Opfer des Nationalsozialismus verletzt
 “[45] Die Versammlungsbehörde hat auch zu Recht mit einer Verletzung der Würde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft gerechnet. [...]

[48] Das Merkmal der Würdeverletzung hat eigenständige Bedeutung. Dem ist auch bei der versammlungsrechtlichen Beurteilung im Rahmen des § 15 I VersG, ob eine unmittelbare Gefahr der Verletzung der Menschenwürde der Opfer anzunehmen ist, Rechnung zu tragen. Geboten ist insoweit eine am konkreten Einzelfall ausgerichtete Prüfung, ob eine Würdeverletzung tatsächlich zu erwarten ist.

Dies schließt es aus, eine unmittelbare Gefahr der Verletzung der Würde der Opfer deshalb als indiziert anzusehen, weil eine Billigung der das nationalsozialistische Regime kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen wie hier hinreichend wahrscheinlich ist. Für eine entsprechende Vermutung ist ebenfalls kein Raum. Der eigenständigen Bedeutung des in Rede stehenden Tatbestandsmerkmals würde es auch nicht gerecht, wenn ein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne angenommen würde, dass in den Fällen der Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft in der Regel auch das weitere Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Menschenwürde der Opfer erfüllt ist und es hieran nur unter außergewöhnlichen Umständen fehlt. Vielmehr bedarf dieses Tatbestandsmerkmal stets der gesonderten Prüfung und Feststellung. Das schließt nicht aus, dass in einer großen Zahl von Fällen die Billigung etc. der nationalsozialistischen Willkür- und Gewaltherrschaft mit der Verletzung der Menschenwürde der Opfer einhergeht.

[49] Hier war deswegen von einer Verletzung der Menschenwürde auszugehen, weil es bei Durchführung der Versammlung zu einer uneingeschränkten Billigung des gesamten nationalsozialistischen Herrschaftssystems mitsamt allen seinen verbrecherischen Untaten und damit insbesondere auch der menschenverachtenden Verfolgung und Ermordung von Millionen Juden aus rassistischen Gründen gekommen wäre. In der öffentlichen auch verdeckten, aber gleichwohl wie hier klar erkennbaren Identifikation mit der nationalsozialistischen Rassenideologie liegt stets ein Angriff auf die Menschenwürde der getöteten und überlebenden Opfer dieser Ideologie (vgl. BVerfG, NJW 2001, 61 [63]; BGHSt 40, 97 [100]).”

cc. Störung des öffentlichen Friedens

“[50] Schließlich wäre bei Durchführung der Versammlung auch eine Störung des öffentlichen Friedens eingetreten.

[51] Der öffentliche Friede ist unter anderem gestört,

wenn das Vertrauen der Öffentlichkeit in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert ist (vgl. BGH, NJW 2005, 689 [691]; BGHSt 46, 212 [219]; 34, 329 [331]). § 130 IV StGB ist nicht als abstraktes Gefährdungs-, sondern als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Störung des öffentlichen Friedens muss deshalb tatsächlich eingetreten sein. Eine Eignung zur Friedensstörung genügt nicht.

[52] Nach den zum Zeitpunkt des Erlasses erkennbaren Umständen war eine Störung des öffentlichen Friedens mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. [...]

[54] Nach den Umständen des hier vorliegenden Einzelfalles wäre bei Durchführung der Versammlung eine Störung des öffentlichen Friedens zu erwarten gewesen, weil die Veranstaltung voraussichtlich in der Öffentlichkeit nicht unbemerkt geblieben wäre, sondern weit über W. hinaus Beachtung gefunden und insbesondere bei überlebenden Opfern und bei den Nachkommen der getöteten Opfer die verständliche Angst vor künftigen Angriffen auf ihre Menschenwürde und vor der gefährlichen Ausbreitung des zugrunde liegenden Gedankenguts ausgelöst hätte.”

[Anm.: Diese ausführliche Prüfung veranschaulicht, dass die Norm, gegen die verstoßen worden sein soll, inzidenter in der öffentlichen Sicherheit nach ihren eigenen Regeln zu prüfen ist. So jedenfalls, wenn nach der Rechtmäßigkeit eines VA oder den Erfolgsaussichten einer verwaltungsgerichtlichen Klage gefragt ist. Vor dem BVerfG können jedoch nur spezifische Verfassungsverstöße gerügt werden. Spielte der vorliegende Fall also etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, wäre es verfehlt, den Tatbestand des § 130 IV StGB in dieser Ausführlichkeit zu prüfen. Vielmehr hätte sich die Prüfung auf spezifische Verfassungsverstöße zu beschränken, also etwa den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG oder - wie hier - die Wechselwirkungslehre.]

Nach alledem lag hier eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit in Form eines Verstoßes gegen geschriebenes Recht, § 130 IV StGB, vor. Somit waren die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Versammlungsverbots nach § 15 I VersG erfüllt.

II. Rechtsfolge

§ 15 I VersG gewährt ein Ermessen, das vom Gericht gem. § 114 VwGO (nur) auf Ermessensfehler überprüft werden kann. Hier käme allenfalls eine Ermessensüberschreitung wegen möglicher Unverhältnismäßigkeit des Verbots in Betracht. Jedoch scheidet die Erteilung von Auflagen i.S.d. § 15 I VersG als milderer, gleich effektives Mittel schon deshalb aus, weil nicht ersichtlich ist, wie durch solche die o.g. Gefahren bekämpft werden könnten, geschweige denn mit

gleicher Effektivität wie durch ein Verbot. Hinsichtlich der Angemessenheit ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach sowohl der Gesetzgeber beim Erlass des § 130 IV StGB als auch die Behörde bei der Subsumtion unter den Tatbestand die Grundrechte möglicher Betroffener hinreichend gewürdigt hat. Besondere Anhaltspunkte, welche dafür sprächen, gerade das dem Kl. gegenüber ergangene Verbot als besondere, unangemessene Härte einzustufen, sind

nicht ersichtlich. Insbesondere hätte er es selbst in der Hand gehabt, sich von seinen früheren Verfehlungen zu distanzieren und durch geeignete Maßnahmen selbst Vorkehrungen gegen deren Wiederholung zu treffen.

C. Ergebnis

Das Versammlungsverbot war rechtmäßig, die Klage ist unbegründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: Nachlieferungsverlangen vor Fristablauf

OLG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 29.05.2008
8 U 494/07 (NJW 2009, 369)

Problemdarstellung:

Der Kl. nimmt die Bekl. aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises nach Rücktritt in Anspruch.

Der Kl. bestellte im Januar 2005 bei der Bekl. ein Fahrzeug, welches die Leasinggeberin (LG) sodann bei der Bekl. erwarb. Der Kl. schloss mit der LG einen Leasingvertrag über eben dieses Fahrzeug, nach dessen Bedingungen die LG an den Kl. die Ansprüche wegen Sachmängeln an dem Fahrzeug gegen die Bekl. an den Kl. abtrat. Nach der Auslieferung des Fahrzeugs im April des Jahres riß die Frontscheibe im Mai. Dies behob die Bekl., indem die Scheibe ausgetauscht wurde. Bei dieser Gelegenheit beanstandete der Kl. Flecken und Schlieren auf dem Lack sowie ein fehlerhaftes Getriebe. Die Parteien vereinbarten, dass im Juli das Fahrzeug wegen der Getriebeprobleme repariert werden solle und etwaige matte Stellen auf dem Lack durch Aufpolieren behoben werden sollten. Als der Kl. das Fahrzeug zum vereinbarten Termin zur Bekl. verbachte, hieß es im Reparaturauftrag u.a. "Austausch-Getriebe einbauen". Der Kl. las den Vermerk und verstand irrtümlich, dass die Bekl. kein neues Getriebe einbauen wolle. Daraufhin erklärte der Kl. gegenüber der Bekl. die Stornierung des Reparaturauftrags und verlangte die Lieferung eines neuen Fahrzeugs. Mit Schreiben vom 14.07.2005 forderte der Kl. die Bekl. auf, sich bis zum 15.07. 2005 zu der Lieferung eines Ersatzfahrzeugs zu äußern. Mit Schreiben vom 18.07.2005 antwortete die Bekl. dem Kl., dass sich das Fahrzeug nunmehr in einem einwandfreien Zustand befinde. Einen Austausch lehnte sie daher ab. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20.07.2005 erklärte der Kl. gegenüber der Bekl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Bekl. forderte kurz darauf von der Leasinggeberin die Fahrzeugpapiere an und meldete das Fahrzeug ab. Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.09.2005 forderte der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Nachdem

der Kl. die Zahlung der Leasingraten eingestellt hatte, kündigte die Leasinggeberin den Leasingvertrag fristlos. Am 08.11.2005 verkaufte sie das Fahrzeug zum Preis von 66150 Euro an die Bekl., welche es im Dezember 2005 an einen Dritten weiterverkaufte.

Mit seiner Klage hat der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 37544,72 Euro - der Differenz zwischen dem zunächst eingeklagten Betrag in Höhe von 103694,72 Euro (ursprünglicher Kaufpreis in Höhe von 107178 Euro abzüglich Gebrauchsvorteile in Höhe von 3483,28 Euro) und dem zwischen der Leasinggeberin und der Bekl. vereinbarten Rückkaufpreis in Höhe von 66150 Euro - an die Leasinggeberin nebst Zinsen begehrt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich in dieser Entscheidung mit verschiedenen klausurrelevanten Problemen aus dem Kaufrecht. Begehrt wurde die Rückgewähr des um die gezogenen Gebrauchsvorteile gekürzten Kaufpreises, wobei die Parteien sich zunächst über die Durchführung der Nachbesserung einigten. Der Kl. nahm davon jedoch vor der Durchführung eines Reparaturversuchs wieder Abstand und beehrte die Nachlieferung. Zwar hatte nicht der Kl. einen Kaufvertrag mit der Bekl. geschlossen, sondern eine Leasinggesellschaft. Aber die Leasinggeberin (LG) hatte die Mängelansprüche gegenüber der Bekl. an den Kl. abgetreten. Es handelt sich daher im Schwerpunkt um klassisches Kaufrecht.

Kurz geprüft wurde, ob die Bekl. dadurch, dass sie von der LG die Fahrzeugpapiere anforderte und das Fahrzeug dann auch abmeldete, konkludent ihr Einverständnis zur Rückabwicklung des Kaufvertrages erklärt hat. Rechtlich könnte es sich um den konkludenten Abschluss eines Aufhebungsvertrages gem. §§ 311 I, 241 I BGB handeln. Vorliegend konnte jedoch analog §§ 133, 157 BGB keine Willenserklärung der Bekl. insoweit festgestellt werden. Dies folgte daraus, dass die Bekl. dem Kl. mitteilte, dass das Fahrzeug

jedenfalls nach der Nachbesserung dem vertragsgemäßen Zustand entspricht und ihn zur Abholung aufforderte.

Eine Rückabwicklung kam dementsprechend nur über die Regelungen zum Rücktritt gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2 1. Fall, 323 I BGB in Betracht. Die Voraussetzungen des § 437 BGB waren hier unter Berücksichtigung der Anmerkungen leicht zu bejahen. Im Originalfall war dies indes nicht der Fall. Der beweisbelastete Kl. war hinsichtlich des Beweises des Vorliegens eines Mangels beweisfällig geblieben. Der erkennende Senat holte jedoch kein Sachverständigengutachten ein, da die Klage aus einem anderen Grund keinen Erfolg haben konnte.

Problematisch war hier allein das Merkmal der Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S.v. § 323 I BGB.

Zunächst stellte sich die Frage, ob überhaupt ein wirksames Nacherfüllungsverlangen vorlag; nur dann ist der Nacherfüllungsanspruch fällig. Der Kl. hatte unter dem 12.07.2005 durch Unterzeichnung eines Reparaturauftrages die Nacherfüllung durch die Beseitigung der dort im Auftrag aufgeführten Mängel, also die Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I 1. Fall BGB gewählt und später auf die Nachlieferung umgeschwenkt. Entscheidend für die Zulässigkeit ist, ob die Gestaltungsformen der Nacherfüllung im Verhältnis der Wahlschuld gem. §§ 262, 263 II BGB oder im Verhältnis der elektiven Konkurrenz zueinander stehen. Die überwiegende Auffassung ordnet die Gestaltungsmöglichkeiten als Fälle der im Gesetz nicht geregelten elektiven Konkurrenz ein. Das bedeutet, dass nach einer bereits ausgeübten Wahl durchaus ein Umschwenken auf die andere Gestaltungsmöglichkeit in Betracht kommt. Der § 263 II BGB findet weder direkte noch analoge Anwendung, so dass ein Erlöschen der Wahlmöglichkeit ausscheidet. Allerdings kann nur innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB umgeschwenkt werden. In Betracht kam die Fallgruppe des *venire contra factum proprium*. Der Kl. verlangte, nachdem er der Bekl. am 12.07.2005 die Möglichkeit der Nachbesserung eventueller Mängel am Getriebe und am Lack des Fahrzeugs eingeräumt hatte, noch am selben Tag statt der Nachbesserung die Lieferung eines Ersatzfahrzeugs. Dieses Verhalten war widersprüchlich. Ein sachlich gerechtfertigter Grund hierfür lag nicht vor. Der Kl. meint, zum Abrücken von seiner ursprünglichen Wahl allein deshalb berechtigt gewesen zu sein, weil er den Vermerk „Austausch-Getriebe einbauen“ in dem Reparaturauftragsschein dahin verstanden hat, die Bekl. habe - was unstreitig tatsächlich nicht der Fall war - ein gebrauchtes Fahrzeuggetriebe in das Fahrzeug einbauen wollen. Dies rechtfertigt ein Abstandnehmen der ausgeübten Wahl nicht. Der Kl. hätte dieses Missverständnis ohne Weiteres durch eine Rückfrage bei der Bekl. aufklären

können. Dies hat sich auch aus der Sicht des Kl. umso mehr deshalb aufgedrängt, weil zwischen den Parteien zuvor der Einbau eines neuen, nicht eines gebrauchten Getriebes vereinbart war und keinerlei sonstige Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass die Bekl. von der von ihr gegebenen Zusage abrücken wollte. Also lag ein wirksames Nacherfüllungsverlangen hinsichtlich der Nachbesserung vor.

Es müsste demgemäß eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sein, die ergebnislos verstrichen ist. Hier erklärte der Kl. jedoch den Rücktritt, bevor er den Nachbesserungsversuch abgewartet hat. Eine Fristsetzung ist nicht gegeben. Dies ist nur dann unschädlich, wenn eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich war. Zunächst war zu prüfen, ob sich die Entbehrlichkeit aus § 440 BGB hinsichtlich eines Fehlschlages ergeben könnte. Ein Fehlschlag hinsichtlich des Mangels am Getriebe scheitert auf den ersten Blick deshalb, weil die Bekl. in Erfüllung des von dem Kl. geltend gemachten Nachbesserungsrechts unstreitig ein neues, mangelfreies Getriebe in das Fahrzeug eingebaut hat. Die Nachbesserung kann auch nicht bereits auf Grund des von der Bekl. im Mai 2005 vorgenommenen ersten Reparaturversuchs als fehlgeschlagen angesehen werden. Denn der Kl. hat dadurch, dass er der Bekl. das Fahrzeug am 12.07.2005 zum Zwecke des Einbaus eines neuen Getriebes überlassen hat, selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihm ein zweiter Nachbesserungsversuch nicht unzumutbar i.S.v. § 440 S. 2 BGB ist. Bezüglich der von dem Kl. behaupteten Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch zu deren Beseitigung hatte der Kl. der Bekl. das Fahrzeug am 12.07.2005 überlassen. Vor der Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag hätte der Kl. daher abwarten müssen, ob nachdem der erste, von der Bekl. im Mai 2005 unternommene Versuch der Beseitigung von Mängeln am Lack nicht gelungen war, der zweite Nachbesserungsversuch zum Erfolg führen würde. Das hat der Kl. nicht getan, sondern zuvor den Reparaturauftrag storniert, Lieferung eines Ersatzfahrzeugs verlangt und schließlich den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Darauf, ob die von dem Kl. behaupteten Mängel am Lack des Fahrzeugs heute noch vorliegen, kommt es nicht an. Denn entscheidend ist allein, ob die Mangelbeseitigung zum Zeitpunkt des von dem Kl. erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag fehlgeschlagen ist. Demgemäß konnte die Entbehrlichkeit nur noch auf § 323 II BGB beruhen. Einzig der Tatbestand des § 323 II Nr. 3 BGB kam in Frage. Allerdings konnte die Interessenabwägung nicht zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung führen. Gegen die Annahme, die Nachbesserung sei dem Kl. unzumutbar gewesen, spricht im vorliegenden Fall schon, dass dieser der Bekl. am 12.07.2005 zunächst noch die Möglichkeit

der Nachbesserung eingeräumt hatte. Damit hat der Kl. selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihm zu diesem Zeitpunkt die Nachbesserung der von ihm behaupteten Mängel vor der Geltendmachung weitergehender Mängelrechte noch zumutbar war.

Hier könnte für die Entbehrlichkeit sprechen, dass mehrere Mängel an dem Fahrzeug gerügt wurden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl von Mängeln allein noch nicht ausreichen dürfte, um das Recht zur zweiten Andienung zu unterlaufen. Darüber hinausgehend müsste die Befürchtung bestehen, das Fahrzeug sei auch nach der Nachbesserung nicht mangelfrei. Ein solcher Fall lag hier nicht vor.

Somit war im Ergebnis ein Anspruch auf Rückgewähr zu versagen. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Verhältnismäßigkeit bei der Nacherfüllung durch Nachlieferung eines gattungsmäßigen Ersatzfahrzeugs nach Wahl des Käufers: *OLG Celle*, RA 2007, 45 = NJW-RR 2007, 353

□ Zum Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs im Zusammenhang mit der Verlegung von Parkettstäben: *BGH*, RA 2008, 532 = NJW 2008, 2837 (Parkettstäbchenfall), mit Besprechung von *Skamel*, NJW 2008, 2820

□ Zur Nacherfüllung: *BGH*, RA 2008, 186 (Unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen); *OLG Celle*, RA 2007, 45 = NJW - RR 2007, 352; *BGH*, RA 2007, 136; *OLG Saarbrücken*, RA 2007, 747 = NJW 2007, 3503; *Roth*, NJW 2006, 2953; *BGH*, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839; *Tiedke/Schmitt*, JuS 2005, 583; *Janssch*, Jura 2005, 649; *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Oechsler*, NJW 2004, 1825

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

□ *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"

Leitsätze:

1. Das Recht des Käufers, wegen eines Sachmangels vom Kaufvertrag zurückzutreten, setzt - wenn nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmefälle eingreift - voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

2. Hat der Käufer das ihm nach § 439 I BGB zustehende Wahlrecht dahin ausgeübt, dass er Beseitigung des Mangels (Nachbesserung) verlangt hat, ist es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, den Verkäufer ohne sachlich gerechtfertigten Grund mit einer veränderten Wahl (Nachlieferung) zu konfrontieren.

3. Der Käufer ist nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag ohne vorherige Fristsetzung wegen Fehlschlagens der Nachbesserung berechtigt, wenn er den Rücktritt erklärt, ohne den Erfolg eines dem Verkäufer zuvor eingeräumten Nachbesserungsversuchs abzuwarten.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. aus abgetretenem Recht der B-GmbH (nachfolgend: Leasinggeberin) nach Rücktritt vom Kaufvertrag über einen Pkw auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises in Anspruch. Der Kl. bestellte am 27.01.2005 bei der Bekl. einen Pkw zum Preis von 107178 Euro. Käufer des Fahrzeugs war die Leasinggeberin, mit der der Kl. einen Leasingvertrag abschloss, nach dessen Bedingungen die Leasinggeberin dem Kl. ihre Ansprüche wegen Sachmängeln gegen die Bekl. zur Geltendmachung im eigenen Namen abtrat. Das Fahrzeug wurde am 15.04.2005 an den Kl. ausgeliefert. Nachdem am 13.05.2005 die Frontscheibe des Fahrzeugs gerissen war, brachte der Kl. das Fahrzeug am 23.05.2005 zu der Bekl., die die Frontscheibe austauschte und eine lose Fußleiste reparierte. Darüber hinaus beanstandete der Kl. matte Flecken und Schlieren im Lack, ein fehlerhaftes Getriebe und eine mangelhafte Motorleistung. Am 27.06.2005 verbrachte der Kl. das Fahrzeug erneut zur Bekl., wobei hinsichtlich des von dem Kl. nach wie vor monierten Getriebefehlers (zu starker Übergang der einzelnen Gänge des Automatikgetriebes) ein Reparaturversuch vereinbart wurde. Anfang Juli 2005 vereinbarten die Parteien einen Termin für den Einbau eines neuen Getriebes auf den 12.07.2005, bei dem auch die von dem Kl. weiterhin beanstandeten matten Stellen und Schlieren im Lack nochmals überprüft und gegebenenfalls durch Aufpolieren behoben werden sollten. Am 12.07.2005 brachte der Kl. das Fahrzeug zu der Bekl.. Im Reparaturauftrag für diesen Tag heißt es unter anderem „Austausch-Getriebe einbauen“. Nachdem der Kl. diesen Vermerk nach Rückkehr in seine Firma gelesen und ihn unzutreffender Weise dahin verstanden hatte, die Bekl. wolle kein neues Getriebe einbauen, erklärte er noch am selben Tag gegenüber der Bekl. die Stornierung des Reparaturauftrags und verlangte die Lieferung eines neuen Fahrzeugs.

Mit Schreiben vom 14.07.2005 forderte der Kl. die Bekl. auf, sich bis zum 15.07.2005 zu der Lieferung eines Ersatzfahrzeugs zu äußern. Mit Schreiben vom 18.07.2005 antwortete die Bekl. dem Kl., dass sich das Fahrzeug nach weiteren durchgeführten Arbeiten nunmehr in einem einwandfreien Zustand befinde. Über die Absicht des Kl., das Fahrzeug zurückzugeben, sei sie zutiefst bestürzt, zumal alle Mängel behoben und somit kein Wandlungsgrund mehr gegeben sei. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20.07.2005 erklärte der Kl. gegenüber der Bekl. den Rücktritt vom Kaufver-

trag. Die Bekl. forderte kurz darauf von der Leasinggeberin die Fahrzeugpapiere an und meldete das Fahrzeug ab. Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.09.2005 forderte der Kl. die Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 23.09.2005 auf. Nachdem der Kl. die Zahlung der Leasingraten eingestellt hatte, kündigte die Leasinggeberin den Leasingvertrag fristlos. Am 08.11.2005 verkaufte sie das Fahrzeug zum Preis von 66150 Euro an die Bekl., welche es im Dezember 2005 an einen Dritten weiterverkaufte.

Mit seiner Klage hat der Kl. zuletzt die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 37544,72 Euro - der Differenz zwischen dem zunächst eingeklagten Betrag in Höhe von 103694,72 Euro (ursprünglicher Kaufpreis in Höhe von 107178 Euro abzüglich Gebrauchsvorteile in Höhe von 3483,28 Euro) und dem zwischen der Leasinggeberin und der Bekl. vereinbarten Rückkaufpreis in Höhe von 66150 Euro - an die Leasinggeberin nebst Zinsen begehrt. Zu Recht?

[Anm. 1: Gehen Sie bei der Lösung davon aus, dass der Dritte das Fahrzeug einem Sachverständigen zur Überprüfung zur Verfügung gestellt hat. Dieser Sachverständige hat bekundet, dass das Getriebe nicht ordnungsgemäß funktioniert, da die Übergänge zwischen den Schaltstufen nicht ordnungsgemäß abgestimmt sind. Dies sei durch eine herstellungsbedingte Fehlstellung der Zahnräder im Getriebe bedingt.

Über die Mangelhaftigkeit der Frontscheibe konnten keine Erkenntnisse getroffen werden, da diese bereits zum Zeitpunkt der Vorstellung des Fahrzeugs beseitigt worden war. Lackfehler waren gleichfalls nicht mehr feststellbar.]

[Anm. 2: Im Originalverfahren ist der nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen beweisbelastete Kl. wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs beweisfällig geblieben. Das LG hat daher ein Recht des Kl. zum Rücktritt vom Kaufvertrag wegen der von diesem behaupteten Mängel an der Frontscheibe des Fahrzeugs nach deren Austausch durch die Bekl. sowie hinsichtlich der von dem Kl. behaupteten mangelhaften Motorleistung bereits deshalb verneint, weil diese Mängel nicht bewiesen seien. Das Berufungsgericht erwog kurz, ob die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs unterstellt werden könne, nachdem der Kl. die nunmehrige Eigentümerin des Fahrzeugs benannt und unbestritten vorgetragen hat, diese sei bereit, das Fahrzeug zur Begutachtung zur Verfügung zu stellen. Letztlich erschien auch dem Berufungsgericht -zu Recht- die Unterstellung fraglich, so dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig gewesen wäre. Allerdings kam es darauf nicht mehr an, weil die Klage aus einem anderen Grund keinen Erfolg haben konnte.]

Lösung:

1. Teil: Anspruch aus Einverständnis mit der Rückabwicklung

Fraglich ist, ob die Bekl. dadurch, dass sie nach dem von dem Kl. erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag von der Leasinggeberin die Fahrzeugpapiere anforderte und das Fahrzeug abmeldete, konkludent die Zustimmung zur Rückabwicklung des Kaufvertrages erklärte. Es könnte sich um einen konkludent geschlossenen Aufhebungsvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB handeln. Dazu müsste eine dementsprechende Einigung gem. §§ 145 ff. BGB vorliegen. Dies ist hier indes nicht der Fall. Insbesondere fehlt es an einer Willenserklärung der Bekl.. Diese ist aus den Umständen analog §§ 133, 157 BGB nicht anzunehmen. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“ Entgegen der Auffassung des Kl. ergibt sich ein Rückgewähranspruch zu seinen Gunsten nicht daraus, dass die Parteien einverständlich die Rückabwicklung des Kaufvertrags über das in Rede stehende Fahrzeug vereinbart hätten. Allein aus dem Umstand, dass die Bekl. nach dem von dem Kl. erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag von der Leasinggeberin die Fahrzeugpapiere anforderte und das Fahrzeug abmeldete, folgt ein Einverständnis der Bekl. mit der Rückabwicklung des Kaufvertrags - unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob der Kl. die Bekl. mit der Stilllegung des Fahrzeugs beauftragt hatte - nicht. Denn aus dem an den Kl. gerichteten Schreiben der Bekl. vom 18.07.2005, dessen Zugang der Kl. nicht bestritten hat, sowie aus dem - an die von dem Kl. damals beauftragten Rechtsanwälte gerichteten - Schreiben der Bekl. vom 21.07.2005, in denen die Bekl. mitteilte, dass sie den Zustand des Fahrzeugs jedenfalls nach Durchführung von Nachbesserungsarbeiten für vertragsgerecht und mangelfrei erachte, und den Kl. daher zu dessen Entfernung von ihrem Betriebsgelände aufforderte, ergibt sich eindeutig, dass die Bekl. mit der Rückabwicklung des Kaufvertrags gerade nicht einverstanden war.”

2. Teil: Anspruch gem. § 398 BGB i.V.m. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1. Fall, 323 I BGB

Der Kl. könnte einen Zahlungsanspruch gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1. Fall, 323 I BGB haben, wenn der Leasinggeberin (LG) ein solcher Anspruch gegen die Bekl. zustand und dieser Anspruch an den Kl. wirksam gem. § 398 BGB abgetreten wurde.

A. Einigung gem. § 398 BGB

Der Kl. müsste sich mit der LG über den Forderungsübergang gem. § 398 BGB geeinigt haben. Die LG und der Kl. schlossen einen Leasingvertrag, nach dessen Bedingungen die Leasinggeberin dem Kl. ihre Ansprüche wegen Sachmängeln gegen die Bekl. zur Gel-

tendmachung im eigenen Namen abtrat. Daher liegt eine Einigung i.S.v. § 398 BGB vor.

B. Wirksamkeit der Einigung

Die Einigung müsste wirksam sein. Rechtshindernde Einwendungen sind nicht ersichtlich, insbesondere unterliegt die Abtretung keinen besonderen Formanforderungen. Also ist die Einigung wirksam.

C. Verfügungsbefugnis der LG

Die LG müsste Verfügungsbefugt sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie einen Anspruch aus Gewährleistung gegen die Bekl. hätte.

Fraglich ist, ob die LG einen Anspruch gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1. Fall, 323 I BGB gegen die Bekl. hatte.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Es müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zwischen der Bekl. und der LG geschlossen worden sein. Eine Einigung i.S.v. § 433 BGB wurde gem. §§ 145 ff. BGB erzielt. Rechtshindernde Einwendungen sind nicht ersichtlich. Also liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

II. Mangel

Der Kaufgegenstand müsste mangelhaft sein. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB ist bezüglich des Getriebes nicht ersichtlich. Fraglich ist, ob sich das Fahrzeug zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB eignet. Dazu müsste im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Verwendung der Kaufsache beiderseits vorausgesetzt werden (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 434 Rn. 21). In dem Moment, in dem das Getriebe zwar schaltet, jedoch eine Einbuße an Komfort vorliegt, eignet sich das Fahrzeug zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung, da es fahrtauglich ist.

[Anm.: An dieser Stelle kann offen bleiben, ob es sich bei der vertraglich vorausgesetzten Verwendung i.S.v. § 434 I 2 Nr. 1 BGB um gewöhnliche Verwendungen handeln darf (so Palandt-Weidenkaff, BGB, § 434 Rn 20), oder ob lediglich über die gewöhnliche Verwendung hinausgehende Verwendungen darunter subsumierbar sind (so Dauner/Lieb/Arnold/Dötsch/Kietz: Fälle zum neuen Schuldrecht, S. 115; Nie-mann/Reipen, JuS 2003, 654). Sollte in einer Klausursituation eine Entscheidung zu dieser Frage geboten sein, spricht für die engere Auffassung, dass der Anwendungsbereich des objektiven Mangels auf ein Minimum beschränkt würde. Dies ist wegen § 434 I 3 BGB problematisch, weil es sich um eine insbesondere dem Verbraucherschutz dienende Vorschrift handelt.]

Es könnte ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben sein. Mangelfrei ist ein Kaufgegenstand dann, wenn er sich für die gewöhnliche Verwendung eignet, wenn er eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Vorliegend handelt es sich um einen herstellungsbedingten Getriebefehler. Damit ist eine unruhige Schaltung des Getriebes bei hochwertigen Fahrzeugen dieser gleichen Art unüblich, wodurch ein Mangel vorliegt.

III. Bei Gefahrübergang, § 434 I 1 BGB

Der Mangel müsste bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Der Gefahrübergang erfolgte hier zur Zeit der Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB am 15.04.2005. Nach den Bekundungen des Sachverständigen basiert der Getriebefehler auf einer Fehlstellung der Zahnräder im Getriebe selbst; daraus folgt, dass der Umstand bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben muss weil er herstellungsbedingt ist.

IV. Schlechtleistung einer fälligen und durchsetzbaren noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht

Es müsste eine Schlechtleistung einer fälligen und durchsetzbaren noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht gem. § 323 I BGB vorliegen. Es wurde die Hauptleistungspflicht der Bekl. gem. § 433 I 2 BGB verletzt. Der Anspruch der LG auf Lieferung war fällig i.S.v. § 271 I BGB. Zweifel an der Durchsetzbarkeit des Anspruchs bestehen auch in Ansehung des § 320 BGB nicht, da insbesondere der Kaufpreis seitens der LG an die Bekl. abgeführt worden war. Der Mangel müsste zudem behebbar sein. Nur in diesem Fall ist die Leistungserbringung möglich. Vorliegend hätte ein Austausch des Getriebes den Mangel behoben, so dass die Behebbarkeit gegeben ist.

Also liegt eine Schlechtleistung i.d.S. vor.

V. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Es müsste eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sein. Der Kl. hat gegenüber dem Bekl. gem. § 398 i.V.m. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Nacherfüllung. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung tritt in dem Moment des Zugangs der Nacherfüllungserklärung ein und ist von der Fristsetzung unabhängig (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 439 Rn 3 a). Der Kl. beehrte unter dem 12.07.2005 die Nachbesserung, so dass der Nacherfüllungsanspruch fällig ist. Der Anspruch auf Nacherfüllung ist auch durchsetzbar. Insbesondere greift die Einrede gem. § 320 I BGB nicht. Die LG hat den Kaufpreis an die Bekl. entrichtet.

[Der erkennende Senat führte zum Erfordernis der Fristsetzung aus:

“Das dem Kl. abgetretene Recht der Leasinggeberin

als Käuferin zum Rücktritt vom Kaufvertrag setzt grundsätzlich voraus, dass der Käufer - im vorliegenden Fall also auf Grund der Abtretung der Kl. - dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat (§§ 323 I, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB). Aus dem Umstand, dass das Gesetz regelmäßig den erfolglosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung verlangt, folgt ein grundsätzlicher Vorrang der Nacherfüllung vor den Gestaltungsrechten des Rücktritts und der Minderung sowie vor Ansprüchen des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen (vgl. BGH, NJW 2005, 1348 Rn 24; Westermann, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 437 Rn 4; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 437 Rn 4). Aus der Sicht des Verkäufers stellt sich der Vorrang der Nacherfüllung als Nacherfüllungsrecht bzw. „Recht zur zweiten Andienung“ dar, das insoweit seinem Schutz dient, als er durch die Nacherfüllung die Geltendmachung der vorgenannten Käuferrechte abwenden kann (vgl. BGH, NJW 2005, 1348; Westermann, in: MünchKomm, 437 Rn 2). Der Verkäufer soll durch das Fristsetzungserfordernis eine letzte Chance erhalten, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (vgl. BGH, NJW 2005, 1348).“]

1. Wirksamkeit des Nacherfüllungsverlangens

Es müsste ein wirksames Nacherfüllungsverlangen vorliegen. Zu prüfen ist, wie es sich auswirkt, dass der Kl. zwei Tage zuvor, nämlich am 12.07.2005, das ihm nach § 439 I BGB zustehende Wahlrecht dahingehend ausgeübt hatte, dass er Beseitigung der Mängel am Getriebe und am Lack des Fahrzeugs begehrte und im Verlauf des 12.07.2005 sowie unter dem 14.07.2005 die Nachlieferung eines vergleichbaren Fahrzeugs verlangte. Die Wahl zwischen Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache erfolgt durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung gem. § 130 BGB, in der der Mangel konkret bezeichnet werden muss, da der Verkäufer ansonsten nicht über seine Rechte nach § 439 III BGB entscheiden kann (MünchKomm-Westermann, § 439 Rn 4; Palandt-Weidenkaff, § 439 Rn 6). Der Kl. hat durch die Unterzeichnung des Reparaturauftrags vom 12.07.2005 Nacherfüllung durch Beseitigung der dort bezeichneten Mängel gewählt.

Fraglich ist, ob sich der Kl. von der getroffenen Wahl dadurch lösen konnte, dass er noch am selben Tag die Stornierung des Reparaturauftrags erklärte und - ebenso wie in dem Schreiben vom 14.07.2005 - Lieferung eines Ersatzfahrzeugs verlangte.

[Anm.: Es kommt entgegen der von den Prozessbevollmächtigten des Kl. in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung nicht darauf an, ob die Bekl. den

Reparaturauftrag zum Zeitpunkt der Stornierung durch den Kl. bereits angenommen hatte. Dies war im Übrigen auf Grund der unstrittigen Umstände (Ver Vereinbarung des Nachbesserungstermins zwischen den Parteien, Entgegennahme des Fahrzeugs und des von dem Kl. unterzeichneten Reparaturauftragsscheins durch die Bekl.) ohne Weiteres der Fall. Denn es geht nicht um den Abschluss eines Werkvertrags zwischen den Parteien, sondern um die Ausübung eines einseitigen Wahlrechts des Kl., das nicht der Annahme durch die Bekl. bedurfte.]

Entscheidend ist, ob ein Umschwenken innerhalb der Gestaltungsmöglichkeiten auch nach einmaliger Ausübung des Wahlrechts noch möglich ist. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob das Verhältnis der Gestaltungsmöglichkeiten bzgl. Nachbesserung und Nachlieferung i.S.v. § 439 I BGB als Wahlschuld oder als elektive Konkurrenz begreift.

a. Verhältnis der Wahlschuld gem. § 262 BGB

Einer Auffassung nach stehen die Gestaltungsformen im Verhältnis einer Wahlschuld (OLG Celle, NJW 2005, 2094, aufgehoben durch BGH, NJW 2006, 1198; Schwab JR 2003, 133). Gem. § 263 II BGB gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete, so dass nach Ausübung der Wahl eine rückwirkende Konzentration des Schuldverhältnisses auf die gewählte Leistung eintritt. Also wäre der Gläubiger nach bereits ausgeübter Wahl an diese gebunden, so dass ein Umschwenken nach ausgeübter Wahl im vorliegenden Fall ausscheidet.

b. Verhältnis der elektiven Konkurrenz

Nach anderer Auffassung stehen die verschiedenen Rechte des Gläubigers in einer sog. elektiven Konkurrenz (BGH, NJW 2006, 1198; Althammer, NJW 2006, 1179; Palandt-Heinrichs, § 439 Rn 8). §§ 262 ff. BGB finden weder direkte noch analoge Anwendung auf diese Fälle. Das führt dazu, dass der Gläubiger innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB frei zwischen den verschiedenen Gestaltungsformen wählen kann (MünchKomm-Westermann, BGB, § 439 Rn. 5). Dies gilt nur dann nicht, wenn kraft Gesetzes durch die Geltendmachung eines Anspruchs bzw. Rechts der Erfüllungsanspruch erlischt (z.B. wenn der Gläubiger Schadensersatz geltend macht gem. § 281 IV BGB oder vom Vertrag zurücktritt gem. § 346 I BGB). Ein solcher Umstand ist hier nicht gegeben. Also ist dem Kl. ein Umschwenken grundsätzlich nicht verwehrt.

Anderes gilt nur dann, wenn ein Ausschluss nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB greift. In Betracht kommt die Fallgruppe des venire contra factum proprium. Der erkennende Senat äußerte sich dazu:

“[...] Der Kl. verlangte, nachdem er der Bekl. am

12.07.2005 die Möglichkeit der Nachbesserung eventueller Mängel am Getriebe und am Lack des Fahrzeugs eingeräumt hatte, noch am selben Tag statt der Nachbesserung die Lieferung eines Ersatzfahrzeugs. Dieses Verhalten war widersprüchlich. Ein sachlich gerechtfertigter Grund hierfür lag nicht vor. Der Kl. meint zu Unrecht, zum Abrücken von seiner ursprünglichen Wahl allein deshalb berechtigt gewesen zu sein, weil er den Vermerk „Austausch-Getriebe einbauen“ in dem Reparaturauftragsschein dahin verstanden hat, die Bekl. habe - was unstreitig tatsächlich nicht der Fall war - ein gebrauchtes Fahrzeuggetriebe in das Fahrzeug einbauen wollen. Der Kl. hätte dieses Missverständnis - wie bereits das LG zutreffend angenommen hat - ohne Weiteres durch eine Rückfrage bei der Bekl. aufklären können. Dies hat sich auch aus der Sicht des Kl. umso mehr deshalb aufgedrängt, weil zwischen den Parteien zuvor der Einbau eines neuen, nicht eines gebrauchten Getriebes vereinbart war und keinerlei sonstige Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass die Bekl. von der von ihr gegebenen Zusage abrücken wollte. Die Annahme des LG, dem Kl. habe eine Aufklärung dieses Umstands durch Nachfrage bei der Bekl. obliegen, erweist sich daher entgegen der Auffassung des Kl. nicht als lebensfremd.“
Folglich kann der Kl. wegen § 242 BGB nicht von der erstmaligen Wahl abstand nehmen.

Also kommen beide Auffassungen zu einem identischen Ergebnis. Ein Streitentscheid ist daher obsolet. Es liegt ein Nacherfüllungsverlangen hinsichtlich der Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I 1. Fall BGB vor.

[Anm. 1: Vorzugswürdig erscheint die Auffassung, die das Vorliegen einer elektiven Konkurrenz bejaht. Bei einer Wahlschuld gem. § 262 BGB handelt es sich um einen einzelnen Anspruch mit alternativem Inhalt, der auf einer vertraglichen Abrede beruht (z.B. Die Lieferung erfolgt nach Wahl des Kunden am 01.04.2009 oder am 05.04.2009. Vorliegend basieren die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten auf dem Gesetz.)]

[Anm. 2: Das obig angesprochene Problem stellt sich gleichermaßen beim Verhältnis Schadensersatz zur Erfüllung (vgl. § 281 IV BGB) sowie beim Verhältnis Rücktritt zur Minderung (vgl. § 346 I BGB). Anzusprechen wäre der Streit jeweils bei der Frage nach der wirksamen Erklärung des Schadensersatzes, des Rücktritts bzw. der Minderung.]

2. Ergebnisloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung

Der Kl. müsste der Bekl. eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt haben. Vorliegend forderte der

Kl. die Bekl. Mit Schreiben vom 14.07.2005 auf, sich zu der durch den Kl. beanspruchten Lieferung eines Ersatzfahrzeugs bis zum 15.07.2005 zu erklären. Es handelt sich nicht um eine Fristsetzung zur Nacherfüllung, da es sich um eine bloße Aufforderung zur Anzeige der Leistungsbereitschaft handelt, die als Aufforderung ungenügend ist (Palandt-Grüneberg, BGB, § 323 Rn 13). Daher hat der Kl. der Bekl. keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

[Anm.: Ein weiterer Anknüpfungspunkt hätte bei Vorliegen einer Fristsetzung die Länge der Frist sein können; diese ist mit lediglich einem Tag unangemessen kurz, so dass sich der Fristlauf auf eine angemessen lange Frist verlängerte (BGH, NJW 1985, 2640 zu § 326 a.F.).]

3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die fehlende Fristsetzung ist dann unschädlich, wenn diese ausnahmsweise entbehrlich ist.

“Einer Fristsetzung bedarf es unter anderem dann nicht, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist (§§ 275 I, 326 V, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB) oder vom Verkäufer nach § 275 II 3 BGB verweigert wird (§§ 326 V, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB), wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert (§§ 323 II Nr. 1 BGB, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB), besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§§ 323 II Nr. 3, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB), der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 III BGB (berechtigterweise) verweigert (§ 440 S. 1 BGB) oder die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB). Da der Kl. weder die Unmöglichkeit der Nacherfüllung noch deren Verweigerung durch die Bekl. behauptet hat, hätte auf die Fristsetzung zur Nacherfüllung nur verzichtet werden können, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Kl. unzumutbar gewesen wäre oder besondere Umstände den sofortigen Rücktritt gerechtfertigt hätten.”

Die Entbehrlichkeit kann sich demgemäß aus §§ 440, 323 II BGB ergeben.

a. Entbehrlichkeit gem. § 440 BGB wegen Fehlschlagens

Die Nacherfüllung müsste fehlgeschlagen sein.

aa. Tatbestand des Fehlschlags

Die Nachfristsetzung könnte gem. § 440 S. 1, 3. Fall, S. 2 BGB entbehrlich sein. Dazu müsste ein Fehlschlag vorliegen.

Mit dem Begriff der dem Käufer zustehenden Art der Nacherfüllung ist die von ihm gewählte (§ 439 I BGB) und vom Verkäufer nicht zu Recht verweigerte (§ 439 III BGB) Art der Nacherfüllung gemeint (BGH, NJW

2007, 504). Hier ist die Nacherfüllung in der Variante der Nachbesserung maßgeblich, für die sich der Kl. anfänglich entschieden und von der er sich nicht wirksam gelöst hat. Auf obige Ausführungen wird verwiesen. Gem. § 440 S. 2 BGB gilt die Nacherfüllung nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Mehr als zwei Nachbesserungsversuche kommen deshalb insbesondere bei besonderer Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen in Betracht (so z.B. BGH, NJW 2007, 504; MünchKomm-Westermann, BGB, § 440 Rn 11). Allerdings bedeutet die Regelung in § 440 S. 2 BGB nicht, dass sich der Käufer unter allen Umständen auf einen zweiten Nachbesserungsversuch einlassen muss, wenn der erste fehlgeschlagen ist; vielmehr kann bereits nach einem gescheiterten Versuch, der für den Käufer erhebliche Unannehmlichkeiten mit sich gebracht hat, das Warten auf einen zweiten Versuch unzumutbar sein (MünchKomm-Westermann, BGB, § 440 Rn 11). Ob der Nachbesserungsversuch fehlgeschlagen ist, bestimmt sich nach dem vom Käufer geltend gemachten Mangel (MünchKomm-Westermann, BGB, § 440 Rn 10).

bb. Fehlschlag im konkreten Fall

Ein Fehlschlag hinsichtlich des Mangels am Getriebe scheitert auf den ersten Blick deshalb, weil die Bekl. in Erfüllung des von dem Kl. geltend gemachten Nachbesserungsrechts unstreitig ein neues, mangel freies Getriebe in das Fahrzeug eingebaut hat. "Die Nachbesserung insoweit kann auch nicht bereits auf Grund des von der Bekl. im Mai 2005 vorgenommenen ersten Reparaturversuchs als fehlgeschlagen angesehen werden. Denn der Kl. hat dadurch, dass er der Bekl. das Fahrzeug am 12.07.2005 zum Zwecke des Einbaus eines neuen Getriebes überlassen hat, selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihm ein zweiter Nachbesserungsversuch nicht unzumutbar ist."

"Bezüglich der von dem Kl. behaupteten Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch zu deren Beseitigung hatte der Kl. der Bekl. das Fahrzeug am 12.07.2005 überlassen. Vor der Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag hätte der Kl. daher abwarten müssen, ob, nachdem - wie das LG festgestellt hat - der erste, von der Bekl. im Mai 2005 unternommene Versuch der Beseitigung von Mängeln am Lack nicht gelungen war, der zweite Nachbesserungsversuch zum Erfolg führen würde. Das hat der Kl. indessen nicht getan, sondern zuvor den Reparaturauftrag storniert, Lieferung eines Ersatzfahrzeugs verlangt und schließlich den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Darauf, ob die von dem Kl. behaupteten Mängel am Lack des Fahrzeugs heute noch vorliegen,

kommt es nicht an. Denn entscheidend ist allein, ob die Mangelbeseitigung zum Zeitpunkt des von dem Kl. erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag fehlgeschlagen ist. Erst dann wäre der Kl. ohne vorherige Fristsetzung zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt gewesen. Ob dies der Fall gewesen ist, steht nicht fest, da der Kl. den erteilten Reparaturauftrag storniert, Lieferung eines Ersatzfahrzeugs verlangt und schließlich den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat, bevor er der Bekl. die Gelegenheit zur Beseitigung der Mängel am Lack eingeräumt hat."

b. Entbehrlichkeit gem. § 323 II BGB

Die Fristsetzung könnte gem. § 323 II BGB entbehrlich sein. In Betracht kommt eine Entbehrlichkeit gem. § 323 II Nr. 3 BGB. Dazu müssten besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Diese Voraussetzungen können gegeben sein, wenn der Schuldner bei einem "Just-in-time-Vertrag" nicht termingerecht leistet (BT-Drs 14/6040 S. 140), wenn das Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners entfallen ist (BGH, NJW-RR 2008, 1052) oder wenn der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache arglistig verschwiegen hat (BGH, NJW 2008, 1371, NJW 2007, 835).

Gegen die Annahme, die Nachbesserung sei dem Kl. unzumutbar gewesen, spricht im vorliegenden Fall schon, dass dieser der Bekl. am 12.07.2005 zunächst noch die Möglichkeit der Nachbesserung eingeräumt hatte. Damit hat der Kl. selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihm zu diesem Zeitpunkt die Nachbesserung der von ihm behaupteten Mängel vor der Geltendmachung weitergehender Mängelrechte noch zumutbar war.

Hier könnte für die Entbehrlichkeit sprechen, dass mehrere Mängel an dem Fahrzeug gerügt wurden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl von Mängeln allein noch nicht ausreichen dürfte, um das Recht zur zweiten Andienung zu unterlaufen. Darüber hinausgehend müsste die Befürchtung bestehen, dass Fahrzeug sei auch nach der Nachbesserung nicht mangelfrei. Ein solcher Fall lag hier nicht vor.

Der erkennende Senat führte dazu aus: "Insbesondere konnte der Kl. eine solche Befürchtung - wie das LG zu Recht angenommen hat - auch nicht aus dem von ihm missverstandenen Vermerk im Reparaturauftrag vom 12. 7. 2005 „Austausch-Getriebe einbauen“, dessen wahrer Inhalt für den Kl. ohne Weiteres durch eine Nachfrage bei der Bekl. aufzuklären gewesen wäre, herleiten (vgl. hierzu vorstehend unter II 2b bb [2]). Sonstige Umstände, die die Nachbesserung für den Kl. unzumutbar oder den sofortigen Rücktritt gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, sind von dem Kl. weder dargetan noch ersichtlich."

Daher ist die Fristsetzung nicht entbehrlich. Also liegen die Voraussetzungen gem. § 398 BGB i.V.m. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1. Fall, 323 I BGB nicht vor.

Mithin besteht der Anspruch auf Rückzahlung des um die gezogenen Gebrauchsvorteile gekürzten Kaufpreises nicht.

Standort: § 263 StGB

Problem: Einreichen abhanden gekommener Schecks

BGH, BESCHLUSS VOM 11.12.2008
5 STR 536/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

V hatte unter Vorlage eines gefälschten französischen Reisepasses bei einer deutschen Bank ein Konto eröffnet, auf das er einige Tage später einen Scheck gutschreiben ließ, der abhanden gekommen war und den V selbst durch eine deliktische Handlung (Diebstahl, Hehlerei oder dergleichen) erlangt hatte. Wieder etwas später hob V einen Teil des Scheckgutschrift von seinem Konto ab. Hierbei wurde V von M und A als Übersetzer unterstützt, wobei M bei der Kontoeröffnung und der Einreichung des Schecks übersetzte und A bei der Abhebung des Geldes.

Das Landgericht Berlin verurteilte V wegen Betrugs, § 263 I StGB, und Urkundenfälschung, § 267 I StGB, den M wegen Beihilfe, § 27 I StGB, hierzu und A nur wegen Beihilfe zum Betrug. Der hiergegen gerichteten Revision des A gab der BGH nur im Hinblick auf eine fehlerhafte Strafzumessung des LG statt, die Verurteilungen als solche bestätigte er.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl der Tatbestand des Betruges als auch Probleme aus dem Bereich von Täterschaft und Teilnahme sind besonders häufig Gegenstand von Examensklausuren. Da die vorliegende Entscheidung beide Teilbereiche in interessanter Weise miteinander kombiniert, dürfte sie wohl in absehbarer Zeit als Klausur oder Fall in der mündlichen Prüfung Gegenstand von Examensaufgaben sein.

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, setzt als Tathandlung eine Täuschung über Tatsachen voraus. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob das Einreichen eines Schecks durch einen Nichtberechtigten eine solche Täuschung beinhaltet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass derjenige, der eine Leistung fordert, auch (zumindest konkludent) erklärt, dass er dazu berechtigt sei, die Leistung einzufordern, also einen entsprechenden Anspruch auf diese Leistung habe (BGH, NStZ 1994, 188; OLG Hamm, NStZ 1997, 130; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 16c).

Wer einen Scheck einlöst, der begehrt eine Leistung, nämlich die Gutschrift des entsprechenden Betrages auf seinem Konto oder die Auszahlung des Betrags in

bar, und erklärt deshalb, dass er auch dazu berechtigt sei, den Scheck vorzulegen. Deshalb täuscht derjenige, der als Nichtberechtigter einen Scheck vorlegt, auch grundsätzlich über seine entsprechende Berechtigung, was i.d.R. zu einer Strafbarkeit wegen Betruges führen wird (BayObLG, NJW 1999, 1648; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 29).

Eine Besonderheit stellt insofern jedoch der sog. Inhaberscheck dar. Gem Art. 5 I ScheckG kann ein Scheck auch zur Zahlung an den Inhaber gestellt werden. In diesem Fall ist die bezogene Bank bei Vorlage des Schecks und entsprechender Kontodeckung grundsätzlich dazu verpflichtet, an jeden Inhaber des Schecks zu leisten, und zwar unabhängig davon, ob der Inhaber den Scheck mit Rechtsgrund erlangt hat oder nicht. Weil bei Einreichung eines Inhaberschecks also bereits der bloße Besitz den Inhaber legitimiert hat die Rechtsprechung in Fällen, in denen ein Nichtberechtigter einen Inhaberscheck eingereicht hatte, eine Strafbarkeit wegen Betruges mangels Täuschung stets verneint (BGH, RA 2007, 559, 564 = NStZ 2008, 396; BayObLG, NJW 1996, 1648, 1649). In der vorliegenden Entscheidung präzisiert der BGH seine diesbezügliche Rechtsprechung: In der Hingabe eines Inhaberschecks könne zwar vielleicht nicht die Erklärung gesehen werden, dass der Inhaber den Scheck durch einen wirksamen Begebungsvertrag erhalten habe, Sehr wohl enthalten sei jedoch die Erklärung, dass der Scheck zumindest nicht abhanden gekommen sei. Da dies aus Sicht der Bank zur Vermeidung von Ersatzansprüchen ein wesentlicher Umstand sei, sei auch ein entsprechender Irrtum des Bankangestellten anzunehmen.

Des weiteren stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob eine Unterstützungshandlung zwischen Vollendung und Beendigung einer fremden "Haupt"-Tat noch eine (sukzessive) Beihilfe darstellen kann (so die herrschende Meinung), oder ob eine Strafbarkeit wegen Beihilfe ausscheidet und nur eine solche wegen Begünstigung, § 257 I StGB, in Betracht kommt.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Betrug durch Einreichen von Schecks: *BGHSt* 3, 69; *BGH*, RA 2007, 559 = NStZ 2008, 396; RA 2002, 171 = StV 2002, 82; *BayObLG*, NJW 1999, 1648

☐ Zur sukzessiven Beihilfe zwischen Vollendung und

Beendigung der Haupttat: *BGH*, *NStZ* 2000, 31; 2003, 85; *NStZ-RR* 1999, 208; *wistra* 1999, 21; *OLG Bamberg*, *NJW* 2006, 2935; *BayObLG*, *NStZ* 1999, 568; *Geppert*, *JURA* 1999, 266; *Martin*, *JuS* 2000, 301

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kein Blut für Draci"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Vorlage eines Schecks enthält die Behauptung, sein Inhalt entspreche dem Willen des Ausstellers. Zu dem Willen des Ausstellers gehört der Umstand, dass nur mittels eines Begebungsvertrags legitimierte Personen den Scheck einreichen, nicht aber Dritte, die in strafbarer Weise den Besitz an dem Scheck erlangt haben.

Sachverhalt (vereinfacht und ergänzt):

V eröffnete am 09.01.2008 unter Vorlage eines gefälschten, auf einen anderen Namen lautenden, französischen Reisepasses bei der B-Bank ein Konto, um wenige Tage später einen zugunsten der Firma S ausgestellten Scheck über rund 590.000 € einzulösen. Der von V eingereichte Scheck war zuvor dem Aussteller oder nachfolgend Berechtigten abhanden gekommen und durch eine strafbare Handlung (Diebstahl, Unterschlagung oder Hehlerei bzw. zumindest der Teilnahme an solchen Taten) in den Verfügungsbereich des V gelangt. M übersetzte die Gespräche zwischen V und dem Bankangestellten B.

Nachdem die bezogene A-Bank die Schecksumme an die B-Bank überwiesen hatte, schrieb diese den Geldbetrag dem von V eröffneten Konto gut. Am 07.02.2008 hob V insgesamt 152.000 € in bar ab, wobei er sich diesmal die Gespräche von A, der hierfür 300 € erhielt, übersetzen ließ.

Wie haben V, M und A sich strafbar gemacht?

[Anm.: Die Strafbarkeit durch die Erlangung des Schecks sowie §§ 263 III, 276 StGB sind nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass M und A sämtliche Umstände bekannt waren.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des V

I. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch die Eröffnung des Kontos

V könnte sich dadurch, dass er bei der Eröffnung eines Kontos bei der B-Bank einen gefälschten französischen Reisepass vorlegte, wegen Betruges, § 263 I StGB, gegenüber B und zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Täuschung über Tatsachen

V müsste B über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 11). Tatsachen sind alle gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (RGSt 55, 131; Fischer, § 263 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8).

Die Vorlage des gefälschten französischen Reisepasses, also eine intellektuelle Einwirkung, war geeignet, bei B die Vorstellung hervorzurufen, dass die Personalien in dem Reisepass auch diejenigen des V seien, was aber nicht der Wahrheit entsprach. Da die Identität des V dem Beweis zugänglich ist und somit eine Tatsache darstellt, hat V den B über Tatsachen getäuscht.

b. Täuschungsbedingter Irrtum

B müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 508). Durch seine Täuschung hat V bei B einen Irrtum über die Identität des V hervorgerufen, sodass dieses Tatbestandsmerkmal vorliegt.

c. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung und verfügungsbedingter Vermögensschaden

B müsste eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben und hierdurch einen Vermögensschaden bei der B-Bank verursacht haben.

Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellman, BT II, Rn 385). Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde (BGH, *NStZ* 1998, 506; Lackner/Kühl, § 263 Rn 36; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Auch eine konkrete Vermögensgefährdung kann nach herrschender Meinung bereits für eine Verfügung und einen Schaden genügen (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung", vgl. BGH, *NStZ* 2004, 264; Fischer, § 263 Rn 95 f.; Rengier, BT I, § 13 Rn 83; a.A.: Otto, *JURA* 1991, 494).

Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung könnte hier darin liegen, dass B bei der B-Bank für V für dessen falsche Identität ein Konto eröffnete. Ein Vermögensschaden wäre dann dadurch denkbar, dass die

Bank aufgrund ihrer fehlenden Kenntnis der wahren Identität des V ihre Kontoführungsgebühren oder im Falle einer Überziehung des Kontos ihren Rückzahlungsanspruch nicht geltend machen kann. Allerdings enthält der Sachverhalt keine Angaben dazu, ob V vorhatte, seine Verbindlichkeiten gegenüber der Bank zu bedienen oder nicht. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist also davon auszugehen, dass V trotz der Täuschung über seine Identität vorhatte, seine Verpflichtungen gegenüber der Bank zu erfüllen. Dann ist aber auch eine schadensgleiche Vermögensgefährdung nicht gegeben, da in der bloßen Eröffnung eines Kontos durch eine Bank grundsätzlich keine vermögensschädigende Verfügung gesehen werden kann (BGH, Beschluss vom 18.11.2008, Az.: 4 StR 485/08, in diesem Heft).

B hat also keine schädigende Vermögensverfügung vorgenommen.

2. Ergebnis

V hat sich durch die Vorlage des gefälschten Reisepasses bei der Kontoeröffnung nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 267 I 3. Fall StGB durch die Vorlage des gefälschten Reisepasses bei Eröffnung des Kontos

Durch die Vorlage des gefälschten Reisepasses könnte sich V jedoch wegen Urkundenfälschung, § 267 I 3. Fall StGB, strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Urkunde

Bei dem Reisepass müsste es sich zunächst um eine Urkunde handeln.

Urkunde i.S.v. § 267 I StGB ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt, also jemanden, der für den Inhalt verantwortlich ist (BGHSt 16, 94; Fischer, § 267 Rn 2 mwN).

Der französische Reisepass verkörpert die Gedankenerklärung, dass es sich bei der entsprechenden Person um einen französischen Staatsbürger mit den entsprechenden Personalien handelt, er lässt die zuständige Behörde als Aussteller erkennen und ist zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt. Der Reisepass ist also eine Urkunde.

b. Unechte oder verfälschte Urkunde

Bei dem Reisepass müsste es sich um eine unechte oder verfälschte Urkunde handeln.

Eine Urkunde ist dann unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist (OLG Düsseldorf, wistra 1999, 233; Schön-

ke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 48 mwN).

Da es sich um einen gefälschten Reisepass handelte, stammt dieser nicht von der Behörde, die sich aus ihm als Aussteller ergibt. Der Reisepass ist also eine unechte Urkunde.

c. Gebrauchen

V müsste diese unechte Urkunde gebraucht haben.

Der Täter gebraucht eine Urkunde, wenn er sie einem anderen zugänglich macht und diesem so die Möglichkeit der Kenntnisnahme gibt (BGHSt 2, 52; 5, 151; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 73 mwN). Dadurch, dass V den Reisepass dem B vorlegte gab er diesem die Möglichkeit der Kenntnisnahme und hat so also die Urkunde gebraucht.

d. Vorsatz

V handelte vorsätzlich.

e. Täuschungsabsicht

V müsste auch "zur Täuschung im Rechtsverkehr" gehandelt haben.

Die für § 267 I StGB erforderliche Täuschungsabsicht ist dann gegeben, wenn der Täter die Absicht hat, einen anderen über die Echtheit der Urkunde zu täuschen und so zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen (BayObLG, NJW 1994, 208; Fischer, § 267 Rn 30; Freund, JuS 1994, 126).

V wollte B über die Echtheit des Reisepasses täuschen und diesen zu einem rechtserheblichen Verhalten - der Eröffnung eines Kontos für V - veranlassen. V handelte zur Täuschung im Rechtsverkehr.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

V ist strafbar gem. § 267 I 3. Fall StGB.

III. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch das Einreichen des Schecks

Durch das Einreichen des abhanden gekommenen Schecks könnte B sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber B und zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Täuschung über Tatsachen

V müsste B über Tatsachen getäuscht haben.

Hierzu führt der BGH aus: "[5] Die Urteilsfeststellungen belegen in ihrer Gesamtheit die Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB (vgl. zu unzureichenden Urteilsfeststellungen selbst nach Verständigung BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 25 und 28). Dem Gesamtzusammen-

hang der Urteilsgründe kann noch entnommen werden, dass der vom Haupttäter V eingereichte Scheck dem Aussteller oder nachfolgend Berechtigten abhanden gekommen war (Art. 21 ScheckG) und hier jedenfalls durch eine strafbare Handlung (Diebstahl, Unterschlagung oder Hehlerei bzw. zumindest der Teilnahme an solche Taten) in den Verfügungsbereich der Angeklagten gelangte. Andernfalls hätte es der Kontoeröffnung und der Barabhebungen unter unbefugter Verwendung der Firma der Zahlungsempfängerin nicht bedurft.

aa) [6] Ein Abhandenkommen im Sinne des Art. 21 ScheckG liegt vor, wenn der Scheck - ob Inhaber- oder Orderscheck teilt das Landgericht nicht mit - ohne rechtswirksamen Begebungsvertrag in fremde Hände gelangt ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22 m.w.N.). Diese Vorschrift, die nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut sowohl auf Order- als auch auf Inhaberschecks Anwendung findet, legitimiert den gutgläubigen Erwerber des Papiers. Die zivilrechtliche Risikoverteilung ist sowohl für die Bestimmung des Erklärungswerts einer entsprechenden Handlung als auch - spiegelbildlich - für das Vorhandensein eines entsprechenden Irrtums bei dem Adressaten der Erklärung erheblich (vgl. BGHSt 46, 196, 198 ff.; 51, 165 Rdn. 20 ff.).

[7] Bei der Einlösung eines Inhaberschecks können allerdings Zweifel an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung bestehen, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird (BGH wistra 2007, 458; BGH, Beschluss vom 13. Februar 2008 - 2 StR 406/07 Rdn. 3; BayObLG wistra 1999, 233 m. Anm. Marxen, EWiR 1999, 519 f.). Jedoch gehört ein etwaiges Abhandenkommen - ebenso wie die formellen Scheckvoraussetzungen (Art. 1, 2 ScheckG) - zu den Umständen, über die sich ein Bankangestellter, der den Scheck zur Einziehung hereinnimmt (vgl. dazu BGH WM 1987, 337, 338), Gedanken macht (offen gelassen in BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22; vgl. auch OLG Zweibrücken BB 1995, 1318, 1319). Er wird nämlich prüfen, ob Gesichtspunkte vorliegen, die zu einer Schadensersatzpflicht der Bank führen können. Solche Ansprüche können sich gemäß §§ 989, 990 BGB i.V.m. Art. 21 ScheckG ergeben (BGHZ 108, 353, 355 ff.; BGH WM 1993, 541, 542 f.; 1988, 1296, 1297; 1987, 337, 338; Baumbach/Hefermehl/Casper, Wechselgesetz/Scheckgesetz/Recht der kartengestützten Zahlungen 23. Aufl. Art. 21 ScheckG Rdn. 21 f., 8 ff. m.w.N.).

bb) [8] Ein solches Verständnis des Erklärungswerts der Scheckeinreichung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach enthält die Vorlage eines Schecks die Behauptung, sein Inhalt entspreche dem Willen des Ausstellers (BGH NJW 1969, 1260, 1261; BGH, Urteil vom 4. November

1955 - 5 StR 200/55; vgl. auch BGH, Urteil vom 3. November 1981 - 5 StR 435/81 bei Holtz, MDR 1982, 280). Zu dem Willen des Ausstellers gehört der Umstand, dass nur mittels eines Begebungsvertrags legitimierte Personen den Scheck einreichen, nicht aber Dritte, die in strafbarer Weise den Besitz an dem Scheck erlangt haben. Da eine Nichtbeachtung des Willens des Ausstellers für die Bank mit Regressrisiken verbunden sein kann, wird sich die Vorstellung des Bankmitarbeiters zumindest darauf beziehen müssen, dass eine Situation gegeben ist, die Regressansprüche nicht befürchten lässt."

V hat B also darüber getäuscht, dass ihm der Scheck durch einen entsprechenden Begebungsvertrag überlassen wurde und nicht abhanden gekommen ist.

b. Täuschungsbedingter Irrtum

Durch die Täuschung müsste bei B ein Irrtum erregt worden sein.

Der BGH geht vom Vorliegen eines entsprechenden Irrtums aus: "Mit der Vorspiegelung falscher Tatsachen durch den Einreicher korrespondiert eine entsprechende Fehlvorstellung auf der Seite der den Scheck annehmenden Bankmitarbeiter. [...] [9] Die Urteilsfeststellungen ergeben hier, dass die Berliner Bank auch im Blick auf etwaige Schadensersatzforderungen die Berechtigung des Scheckeinreichers tatsächlich geprüft hat. Andernfalls hätten die Bankmitarbeiter nicht dafür gesorgt, dass der Haupttäter schließlich keine weiteren Barabhebungen vornehmen konnte."

Ein täuschungsbedingter Irrtum bei B liegt somit vor.

c. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

B müsste eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

B hatte aufgrund seines Irrtums den im Scheck ausgewiesenen Betrag dem Konto des V gutgeschrieben. Damit hat er einen Auszahlungsanspruch des V in entsprechender Höhe gegen die B-Bank begründet und somit deren Vermögen gemindert.

Die von B vorgenommene Gutschrift hat also zu einer unmittelbaren Vermögensminderung geführt, allerdings nicht beim Vermögen des B, sondern bei dem der B-Bank. B hat also nicht über sein eigenes Vermögen verfügt, sondern über das der Bank.

Ein Betrug ist auch in der Weise möglich, dass der Getäuschte über das Vermögen eines Dritten verfügt (sog. Dreiecksbetrug). Da es sich beim Betrug aber um ein Selbstschädigungsdelikt handelt, setzt eine Strafbarkeit gem. § 263 I StGB in einem solchen Fall voraus, dass ein Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Vermögensinhaber besteht, damit die Handlung des Verfügenden dem Vermögensinhaber zugerechnet werden kann und so eine "Quasi-Selbstschädigung" des Vermögensinhabers vorliegt. Im vor-

liegenden Fall müsste also ein entsprechendes Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden B und der B-Bank als Vermögensinhaberin bestehen.

Unter welchen Voraussetzungen ein solches Näheverhältnis anzunehmen ist, ist streitig. Während teilweise eine Befugnis des Verfügenden zur Verfügung über das fremde Vermögen verlangt wird (sog. Befugnistheorie; Joecks, § 263 Rn 61 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn 416 f.), geht eine andere Auffassung davon aus, dass es insofern ausreichend ist, dass der Verfügende im Lager des Vermögensinhabers steht (sog. Lagertheorie; BGHSt 18, 221; Rengier, BT I, § 13 Rn 47; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 641 ff.). B war als Angestellter der B-Bank nicht nur dazu befugt, über deren Vermögen zu verfügen, er stand aufgrund seines Arbeitsverhältnisses auch im Lager seiner Arbeitgeberein, sodass nach beiden Auffassungen ein Näheverhältnis zwischen B und der B-Bank besteht.

Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung des B liegt somit vor.

d. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Die B-Bank müsste durch die Verfügung einen Vermögensschaden erlitten haben.

Durch die Gutschrift des Scheckbetrages auf dem Konto des V ist das Vermögen der B-Bank gemindert worden (s.o.). Ein Vermögensschaden wäre nur dann nicht gegeben, wenn die Bank ein wirtschaftliches Äquivalent erhalten hätte. Dies könnte darin bestehen, dass ihr von der im Scheck bezogenen Bank der entsprechende Betrag überwiesen wurde.

Hierzu der BGH: "V war nicht verfügbefugt, weil er den Besitz an dem Scheck ohne Begebungsvertrag erlangte. Damit stellen sich die Gutschrift und die Auszahlungen als Leistungen an einen Nichtberechtigten dar. Die Bank war durch die früheren Teilzahlungen auch geschädigt, weil aufgrund der Gesamtumstände für sie das schadensgleiche Risiko eines eigenen Vermögensverlusts bestand."

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden (in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung) bei der B-Bank liegt somit vor.

e. Vorsatz

V handelte vorsätzlich.

f. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

V müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

Vermögensvorteil i.S.v. § 263 I StGB ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage (BGH, wistra 1999, 378; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 167; Rengier, BT I, § 13 Rn 103). V hatte die Ab-

sicht, ein Gutschrift auf seinem Konto bei der B-Bank, also eine für ihn günstigere Vermögenslage, zu erzielen. Er handelte also mit Bereicherungsabsicht.

Die von V beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig und stoffgleich sein.

Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn der Täter keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf sie hat (BGH, NStZ 2003, 663; Fischer, § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 13 Rn 110). Stoffgleich ist die Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168; Krey/Hellmann, BT II, Rn 492).

V hatte - da er den eingelösten Scheck nicht durch einen Begebungsvertrag erlangt hatte - keinen Anspruch auf dessen Einlösung und die entsprechende Gutschrift, sodass die von V beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig war. Sowohl die von V beabsichtigte Bereicherung als auch der Schaden bei der B-Bank beruhen auf derselben Verfügung, nämlich der Gutschrift des Betrages auf dem Konto, sodass die von V beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich war.

Da V auch die Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der von ihm beabsichtigten Bereicherung kannte, hat er in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

V hat sich durch die Einreichung des Schecks gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch die Abhebung von 152.000 €

V könnte sich durch die Abhebung eines Teils des gutgeschriebenen Geldes am 07.02.2008 eines weiteren Betruges gem. § 263 I StGB gegenüber B und zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht haben.

Dann müsste V den B bei der Abhebung erneut über Tatsachen getäuscht haben. Wenn V das Geld von seinem Konto abhebt, dann fordert er eine entsprechende Leistung von der Bank. Das Einfordern einer Leistung enthält die konkludente Erklärung, dass auch ein entsprechender Anspruch des Fordernden besteht (BGH, NStZ 1994, 188; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 16c). A hätte also über das Bestehen eines Auszahlungsanspruches - eine "Rechtstatsache" - getäuscht, wenn er tatsächlich keinen solchen Anspruch gehabt hätte.

Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Konto des V bei der B-Bank tatsächlich eine entsprechende Deckung aufwies. Auch wenn die kontoführende Bank sich unter Umständen Regressansprüchen Dritter (hier

des Scheckausstellers oder der bezogenen Bank) ausgesetzt sieht oder berechtigt ist, eine Rückbuchung vorzunehmen, so hat der Kontoinhaber dennoch einen Auszahlungsanspruch, solange das Guthaben seinem Konto noch gutgeschrieben ist (BGHSt 46, 196, 199; Lackner/Kühl, § 263 Rn 9; Krey/Hellmann, BT II, Rn 364b; Krack, JR 2002, 25).

V hat also tatsächlich einen Anspruch auf Auszahlung des Kontoguthabens, sodass er auch nicht hierüber getäuscht hat. Da eine Täuschung des V über andere Tatsachen nicht ersichtlich ist, liegt keine taugliche Tathandlung für einen Betrug vor.

V hat sich durch das Abheben des Geldes nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

V. Gesamtergebnis

V hat sich durch die Vorlage des gefälschten Reisepasses bei der Kontoeröffnung wegen Urkundenfälschung, § 267 I 3. Fall StGB, strafbar gemacht und durch die Einzahlung des Schecks wegen Betruges, § 263 I StGB. Da zwischenzeitlich mehrere Tage vergangen waren, liegen selbstständige Handlungen vor, sodass die Delikte in Tatmehrheit, § 53 StGB, nebeneinander bestehen.

V ist strafbar gem. §§ 263 I, 267 I 3. Fall, 53 StGB.

B. Strafbarkeit des M

I. Strafbarkeit gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I StGB durch das Übersetzen bei Eröffnung des Kontos

Dadurch, dass M das Gespräch zwischen V und B bei der Eröffnung des Kontos übersetzte, konnte sich M wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Teilnahmefähige Haupttat

Ein Strafbarkeit wegen Beihilfe setzt zunächst die Begehung einer teilnahmefähigen, d.h. vorsätzlichen und rechtswidrigen, Haupttat durch einen anderen voraus.

V hat durch die Vorlage des gefälschten Reisepasses den Tatbestand der Urkundenfälschung gem. § 267 I 3. Fall StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht, sodass eine teilnahmefähige Haupttat gegeben ist.

b. Hilfeleisten

M müsste V bei der Begehung der Urkundenfälschung Hilfe geleistet haben.

“Hilfeleisten” i.S.v. § 27 I StGB ist jedes Fördern der Haupttat (BGH, NStZ 2007, 230, 232; NStZ-RR 2007, 37; Fischer, § 27 Rn 14; Lackner/Kühl, § 27 Rn 2).

Durch die Übersetzung des Gespräches von V und B hat M den Gebrauch der unechten Urkunde durch V zumindest erleichtert und somit die Begehung der Ur-

kundenfälschung gefördert. Ein Hilfeleisten ist somit gegeben.

c. Vorsatz

M müsste sowohl bzgl. der Begehung der Haupttat als auch bzgl. seines eigenen Beitrags vorsätzlich gehandelt haben (sog. “Doppelvorsatz”).

M waren die Umstände bekannt, sodass er wusste, dass V eine Urkundenfälschung begehen würde und dazu auch Hilfe leisten wollte. M hat vorsätzlich gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

M ist strafbar gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I StGB.

II. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 27 I StGB durch das Übersetzen bei Einreichen des Schecks

Durch die Übersetzung des Gesprächs zwischen V und B beim Einreichen des Schecks könnte sich M auch wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 I, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der von V vorsätzlich und rechtswidrig begangene Betrug, § 263 I StGB, stellt eine teilnahmefähige Haupttat dar, zu der M durch die Übersetzung des entsprechenden Gesprächs Hilfe geleistet hat. Da M auch mit dem entsprechenden “Doppelvorsatz” handelte, hat er den Tatbestand der Beihilfe zum Betrug verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

M ist strafbar gem. §§ 263 I, 27 I StGB.

III. Gesamtergebnis

Da die Beihilfe zu der Urkundenfälschung und zum Betrug durch zwei selbstständige Handlungen - das Übersetzen zwei mehrere Tage auseinander liegender Gespräche - begangenen wurden, stehen sie zueinander in Tatmehrheit, § 53 StGB.

M ist also strafbar gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I; 263 I, 27 I; 53 StGB.

C. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 27 I StGB durch das Übersetzen bei Abhebung der 152.000 €

Durch das Übersetzen des Gesprächs zwischen V und B bei der Abhebung der 152.000 € könnte A sich wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 I, 27 I StGB

strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Teilnahmefähige Haupttat

Zwar hat V bei der Abhebung des Geldes mangels Täuschung keine selbstständige Betrugstat begangen (s.o.). Jedoch lag bereits im Einreichen des abhanden gekommenen Schecks ein vorsätzlich und rechtswidrig begangener Betrug gem. § 263 I StGB (s.o.), sodass dieser eine teilnahmefähige Haupttat für eine Beihilfe des A darstellt.

b. Hilfeleisten

A müsste V durch die Übersetzung des Gesprächs beim Abheben des Geldes zu dem Betrug durch Einreichung des Schecks Hilfe geleistet haben.

Dies könnte schon allein deshalb fraglich sein, weil die Haupttat bereits durch das Einreichen des Schecks und die entsprechende Gutschrift auf dem Konto des V vollendet war (s.o.). Beendet war sie allerdings nach Auffassung des BGH weder an diesem Tag noch bei Abhebung des Teilbetrages am 07.02.: “[10] Die Haupttat war mit der Gutschrift auf Vs Konto zwar vollendet, aber am 7. [...] Februar 2008 noch nicht beendet. Beendigung setzt den Abschluss des Tatgeschehens in tatsächlicher Hinsicht voraus. Nach dem Tatplan sollte der gutgeschriebene Betrag nur kurzfristig auf dem Bankkonto verbleiben; wegen der Entdeckungsgefahr, der die Beteiligten durch die Urkundenfälschungen zu begegnen versuchten und die sich schließlich realisierte, war von vornherein vorgesehen, dass V das Guthaben in bar abheben sollte. Damit wäre die Betrugstat erst mit Abhebung des gesamten Guthabens über 590.000 Euro beendet gewesen.”

Im Zeitpunkt der Handlung des A war die Haupttat also zwar vollendet aber noch nicht beendet. Fraglich ist, ob im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat eine Beihilfe i.S.v. § 27 StGB noch möglich ist.

aa. Mindermeinung

Nach einer Literaturauffassung ist eine Beihilfe durch Handlungen nach Vollendung der Haupttat - außer bei Dauerdelikten - nicht mehr möglich (Joecks, § 27 Rn 9; LK-Roxin, § 27 Rn 35; Geppert, JURA 1999, 266, 272). Der Strafgrund der Teilnahme liege in der Förderung des Rechtsgutangriffs des Haupttäters. Wenn dieser aber bereits abgeschlossen und die Haupttat dementsprechend vollendet sei, scheide eine Förderung und somit auch eine Beihilfe aus. Auch habe der Gesetzgeber für die Fälle einer Hilfeleistung nach Vollendung der fremden Tat den Tatbestand des § 257 I StGB geschaffen, was zeige, dass eine Beihilfe hier gerade nicht mehr in Betracht kommen solle.

Nach dieser Auffassung wäre also eine Beihilfe durch

A durch das Übersetzen des Gesprächs ausgeschlossen, da diese Handlung erst nach Vollendung der Haupttat erfolgte und es sich beim Betrug nicht um ein Dauerdelikt handelt.

bb. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung ist eine Beihilfe auch durch die Leistung von Beiträgen zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat noch möglich (BGH, NStZ 2000, 31; 2003, 33; Fischer, § 27 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 17; Jescheck/Weigend, AT, S. 692; Wessels/Beulke, AT, Rn 583). Auch nach Vollendung der Haupttat könnten die Beiträge des Gehilfen insofern noch fördernd wirken (zumindest bzgl. der Beendigung), sodass eine Beihilfe hier nicht per se ausscheide. Auch dass bei einem Hilfeleisten zwischen Vollendung und Beendigung der fremden Tat neben der Beihilfe noch eine Strafbarkeit wegen Begünstigung in Betracht komme, stehe dem nicht entgegen, da zwischen diesen beiden Delikten dann über die Vorstellung des Hilfeleistenden abgegrenzt werden könne.

Die Handlung des A hat zumindest die Beendigung des Betruges gefördert, da sie die Abhebung erleichtert hat, sodass sie nach dieser Meinung ein “Hilfeleisten” i.S.v. § 27 I StGB darstellt.

cc. Stellungnahme

Die h.M. kann zwar zu Unsicherheiten führen, da sich der Zeitpunkt der Beendigung der Tat - anders als derjenige der Tatvollendung - nicht unmittelbar dem Gesetz entnehmen lässt, sodass für einen Hilfeleistenden zweifelhaft sein kann, ob sein Beitrag noch als Beihilfe strafbar sein kann. Andererseits übersieht die M.M., dass die Straftatbestände des StGB vom Gesetzgeber als deliktische Einheiten konzipiert sind, die den gesamten Zeitraum vom Versuchsbeginn bis zur Beendigung des Deliktes umfassen. Deshalb muss aber auch eine Hilfeleistung während dieses gesamten Zeitraums zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe führen können. Gerade bei einem Delikt wie Betrug zeigt sich im vorliegenden Fall, dass trotz Vollendung der Tat das aus Tätersicht entscheidende Element - die Bereicherung - u.U. noch gar nicht eingetreten ist. Wenn ein anderer hierzu noch beiträgt, dann fördert er noch unmittelbar den Betrug und sichert nicht nur bereits erlangt Vorteile, sodass es fehlerhaft wäre, nur eine Bestrafung wegen Begünstigung und nicht eine solche wegen (sukzessiver) Beihilfe anzunehmen.

Der h.M. ist zu folgen. M hat i.S.v. § 27 I StGB Hilfe geleistet.

c. Vorsatz

A müsste sowohl bzgl. der teilnahmefähigen Haupttat als auch bzgl. seiner Hilfeleistung vorsätzlich gehandelt haben.

aa. Bzgl. der teilnahmefähigen Haupttat

A wusste von der Begehung des Betrugs durch V, handelte also vorsätzlich bzgl. der Haupttat.

bb. Bzgl. des Hilfeleistens (Gehilfenvorsatz)

A müsste auch Vorsatz dazu gehabt haben, dem V i.S.v. § 27 I StGB Hilfe zu leisten.

Nach h.M. ist bei einer Hilfeleistung zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat die Abgrenzung zwischen sukzessiver Beihilfe und Begünstigung über den Vorsatz des Hilfeleistenden vorzunehmen: Ist sein Vorsatz darauf gerichtet, einen Beitrag zu leisten, der die Haupttat beenden hilft, liegt ein Gehilfenvorsatz vor; ist die Vorstellung hingegen darauf gerichtet, dem Vortäter die bereits bestehenden Vorteile der Vortat zu sichern, hat er den Vorsatz zur Begehung einer Begünstigung, § 257 I StGB.

A wollte es dem V ermöglichen, sich die Kontogutschrift auszahlen zu lassen, was zur Beendigung des Betrugs führen würde (s.o.). Der Vorsatz des A war also darauf gerichtet, bei der Beendigung der Haupttat zu helfen. A hat mit Gehilfenvorsatz gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 27 I StGB.

II. Strafbarkeit gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I StGB durch das Übersetzen bei Abhebung der 152.000 €

Eine Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 I 3. Fall, 27 I StGB durch das Übersetzen bei Abhebung des Geldes scheidet aus, da die Haupttat in diesem Zeitpunkt bereits beendet war.

III. Strafbarkeit gem. § 257 I StGB durch das Übersetzen bei Abhebung der 152.000 €

Da der Vorsatz des A darauf gerichtet war, Beihilfe zu leisten (s.o.), hatte er keinen Vorsatz zur Begehung einer Begünstigung, sodass eine Strafbarkeit des A gem. § 257 I StGB ausscheidet.

IV. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 27 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Hinz, Christian: "Onlinedurchsuchungen"
Fundstelle:	JURA 2009, 141 (Heft 2)
Inhalt:	Klausur zum vielbeachteten Urteil des BVerfG zur Online-Durchsuchung vom 27.02.2008 (DVBl 2008, 582), über das auch die RA ausführlich berichtet hat (RA 2008, 172). Inhaltlich geht es um die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in einer neuen Fallgruppe ("Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme") sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Pfeiffer, Thomas: "Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes - Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH"
Fundstelle:	NJW 2009, 412 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor bespricht die Entscheidung des BGH, RA 2009, 26 = NJW 2009, 427, in der es um die Ersatzfähigkeit der durch den Verbraucher gezogenen Gebrauchsvorteile im Fall der Nachlieferung eines Kaufgegenstandes gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I 2. Fall BGB geht. Der EuGH hatte im Rahmen eines Vorlageverfahrens (BGH, NJW 2006, 3200) entschieden (EuGH, NJW 2008, 1433), dass der umfassende Verweis in § 439 IV BGB auf §§ 346-348 BGB gegen die Maßgaben der Verbraucherschutzrichtlinie verstößt (1999/44/EG). Zwischenzeitlich ist der Gesetzgeber tätig geworden und hat dem § 474 II BGB einen Satz 1 hinzugefügt, der lautet: "Auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge ist § 439 IV mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind."

Autor/Titel:	Andreae, Martin: "Kaufrecht - Abschluss, Widerruf und Anfechtung des Kaufvertrages"
Fundstelle:	NJW 2009, 344 (Heft 6)
Inhalt:	In diesem Beitrag legt der Autor die Probleme der Ansprüche aus Kaufvertrag aus der Sicht eines Praktikers dar. Der Beitrag ist insbesondere wegen der Ausführungen über den Vertragsschluss über das Internet und das ggf. damit in Zusammenhang stehende Widerrufswesen lesenswert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Köhne, Michael: "Die Mordmerkmale 'Mordlust' und 'zur Befriedigung des Geschlechtstriebes'"
Fundstelle:	JURA 2009, 100 (Heft 2)
Inhalt:	Mord und hier insbesondere die Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale stellen immer wieder den Gegenstand von Examensaufgaben dar, sodass hier auch Detailkenntnisse erforderlich sind. Der Verfasser nimmt sich hier zweier Mordmerkmale an, die in Examensklausuren zwar nicht die Relevanz der "Habgier" oder der "sonstigen niedrigen Beweggründe" haben, aber gerade im Hinblick auf aktuelle Fälle, insb. den sog. "Kannibalen-Fall" an Relevanz gewonnen haben. Der Verfasser geht hier auf die Voraussetzungen der entsprechenden Mordmerkmale und insb. ihre Auslegung durch die Rechtsprechung ein und stellt diese - unter Hinweis auf die klassischen Probleme und Fallgruppen - dar. Zur Examensvorbereitung sehr empfohlen.